



El pensam Arist etc - Textos

Filosofía del Derecho (Universidad del Salvador)



Scan to open on Studocu

“EL PENSAMIENTO JUS-FILOSOFICO DE ARISTOTELES Y DE SANTO TOMÁS.”

de Michel Villey.-

Contenido de la Obra:

Prólogo

La Filosofía del Derecho de Aristóteles

I.- Preliminares. II.- La definición del derecho.- III.- Las fuentes del derecho.- IV.- Conclusión

La Doctrina del Derecho de Santo Tomás

I.- Introducción. II.- La doctrina del derecho natural. III.- Teoría de las Leyes positivas

IV.- Los aportes de la fe cristiana. V.- Conclusión

Apéndice I: De la Laicidad del Derecho según Santo Tomás

I.- Introducción. II.- La Ley Nueva. III.- La Ley Antigua.

IV.- Las fuentes profanas del derecho. V.- Conclusión.

Apéndice II: Precedentes de la Antigüedad Griega

I.- Los orígenes de la filosofía del derecho griega. II.- Filosofía del Derecho de Platón

Apéndice III: Los Principios del Derecho Romano.

“EL PENSAMIENTO JUS-FILOSOFICO DE ARISTOTELES Y DE SANTO TOMÁS.”

de Michel Villey.-

PRÓLOGO.-

No hace mucho, encontramos en un libro de Gustave Thibon una definición de la moda de un acierto notable; decía: “la moda, esa dictadura de lo efímero que se ejerce sobre los desertores de la eternidad”. En efecto, el fenómeno de la moda implica la tiranía de todo lo que de accidental, fugaz y pasajero existe en la vida del hombre, con total desprecio de aquello que de sustancial, íntimo y universal hay en ello. Pero si la sumisión a la moda tiene, en general, un efecto negativo éste es máximo y de enormes consecuencias cuando se trata de la filosofía. En realidad, esclavizarse a las novedades en el campo del vestir, no puede tener más consecuencia que el ridículo; por el contrario, en el ámbito del conocimiento filosófico -por tratarse del primero de los saberes y fundamentos de todos ellos- el atarse a las novedades, tiene un efecto disgregador, ya que impide la acumulación y enriquecimiento de las investigaciones, la profundidad y firmeza que sólo da el tiempo y la objetividad y universalidad del saber. Esto repercute sobre todo el edificio del saber humano, que se ve sometido a una mutación constante, al compás de las variaciones, en el saber fundamental. Al producirse la aparición de una nueva doctrina, por infundada que ella sea, es necesario recomenzar todo de nuevo, echando por la borda el saber acumulado trabajosamente por generaciones; el esnobismo filosófico termina transformando el saber de los hombres y en algo similar a la tela de Penélope, tejida de día y destejida de noche.

También en el campo de la Filosofía del Derecho hemos debido sufrir las consecuencias de las modas filosóficas, empujadas por el mito progresista, según el cual, todo aquello que es posterior en el tiempo, aunque no tenga ni pies ni cabeza, es mejor y más verdadero que lo que le precedió. Hoy la doctrina de moda es la de la filosofía analítica, que nos ha proporcionado una serie de ensayos cortos sobre temas ultramicroscópicos, escritos en un lenguaje y con una simbología esotérica absolutamente incomprensible para los juristas. Sin destacar el valor que puedan tener algunas de estas investigaciones, al dejar de lado el contexto general de los problemas, circunscribiéndose a una disección ultralocalizada de algunos temas (el lenguaje jurídico, la lógica de las normas), sus doctrinas dejan sin respuesta las principales -y por ello más vitalmente acuciantes- preguntas acerca de lo jurídico. En el afán de novedad, postergan los perennes temas del saber jurídico: el concepto de derecho, la justicia, el derecho natural o el fundamento del derecho, los valores jurídicos, etc. En su lugar, realizan abstrusos estudios, llevados a cabo con un

método extraño al derecho y que, por novedosos que resulten, no interesan verdaderamente a nadie, salvo a los mismos iniciados en la secta analítica.

Michel Villey, a quien acabamos de traducir y nos toca ahora prologar, no es, precisamente, un filósofo “a la moda”; declara expresamente no participar de la mitología progresista, ni de pretender halagar al público universitario de nuestros días; para el profesor de París, no se trata de novedad o de antigüedad de las doctrinas, sino de verdad y ella debe ser buscada por sobre cualquier prejuicio relativo al tiempo de su formulación. Por ello, quienes se sepan siervos de las modas filosóficas más vale la pena que no lean este libro; no encontrarán en él ninguna audaz novedad, ninguna afirmación apta para asombrar “snobs”. Sólo se encontrará en él una ardiente búsqueda de la verdad jurídica en las fuentes donde realmente puede ser encontrada: en los padres del pensamiento occidental: Aristóteles, los jurisconsultos romanos y Tomás de Aquino.-

Su investigación se fundamenta sobre un laborioso manejo de las fuentes; todas sus afirmaciones provienen de un exhaustivo estudio de los textos clásicos, de los que demuestra tener un conocimiento admirable. Pero además, su amplio saber acerca del pensamiento contemporáneo, le permite cotejar sus resultados con los de la meditación clásica, resultando así una exposición vívida y atrayente; Villey hace dialogar a Aristóteles con los *jus naturalistas* modernos y los pensadores contemporáneos, diálogo del que estos últimos salen muy mal parados.

Quizá pueda achacarse a nuestro francés algún exceso en el fervor polémico, que deriva a veces en una cierta unilateralidad de sus juicios. El ardor en la controversia lo conduce, en determinados pasajes, a una rigidez y virulencia en sus afirmaciones, que no siempre derivan en beneficio de la verdad. Tal es el caso de su condena total a la obra de autores, como Francesco Olgiati o Lachance, quienes, aparte de algunos errores en que puedan haber incurrido, efectuaron una valiosa tarea de profundización y difusión del pensamiento filosófico-jurídico de Santo Tomás de Aquino. Algunas otras muestras de las consecuencias teóricas de la vehemencia de Villey, han sido señaladas por Juan Miguel Bargalló Cirio en su Estudio Preliminar al volumen de esta misma colección “El derecho, perspectiva griega, judía y cristiana”, por lo que considero innecesario repetirlas aquí. Pero, más allá de cualquier exceso en la controversia, la obra de Villey es un ejemplo de desinteresada búsqueda de la verdad, de profundo deseo de saber “para huir de la ignorancia”, “en vista del conocimiento y no por alguna utilidad”, tal como lo expresara Aristóteles del sabio al comienzo de su *Metafísica*.-

Para Villey, la verdad o el error de una filosofía práctica, debe juzgarse por sus resultados; para su capacidad para dar lugar, en la realidad de los hechos, a un sistema social justo y perdurable. La piedra de toque para saber acerca del acierto de la filosofía clásica del derecho es, pues, su virtualidad operativa: el derecho romano, la más perfecta creación jurídica del mundo occidental, se edificó sobre sus bases. Más tarde, presidió el renacimiento de este derecho, el “*mos italicus*” y

estuvo presente en el pensamiento de los juristas prácticos de Europa hasta fines de la Edad Media. Casualmente, cuando desapareció su eficacia operativa, es cuando el derecho continental se precipitó por los caminos del racionalismo y, consecuentemente, del formalismo. Frente a estos datos de la historia del derecho, piensa Villey que quienes pretendan una recuperación o renacimiento del pensar jurídico, deben volver la mirada a las doctrinas que precedieron a las malogradas experiencias de la Edad Moderna, cuyas consecuencias persisten aún en nuestros días. Para nuestro autor, la lectura de Aristóteles y Tomás de Aquino tiene mucho que aportar a los juristas de hoy y el retorno al pensamiento realista, es la condición previa indispensable para un nuevo florecimiento del pensar jurídico. Después de todo, y como decía la modista de María Antonieta, "las cosas más nuevas son las que se han olvidado".-

Una aclaración respecto a la obra que hemos traducido: en realidad, no se trata de un libro estructurado originariamente como tal, sino de las notas correspondientes a los cursos dictados por el Profesor Villey en la Universidad de París y editados posteriormente mediante el sistema mimeografiado. Por esta razón, no se encontrará en las páginas que siguen un estilo depurado; se observará poco cuidado en las citas y, en general, en los aspectos formales. El valor de este trabajo se encuentra en los aspectos sustanciales y a ellos debe dirigirse quien los lea, con la seguridad de que encontrará allí una asombrosa dosis de verdad, sobre todo para estos tiempos, en que ha tomado una lamentable vigencia el fenómeno que Sciacca llamó "el oscurecimiento de la

inteligencia".-

Carlos Ignacio Massini,

Profesor titular de Filosofía Jurídica e Introducción al Derecho en la Universidad de Mendoza;

Profesor titular de Teoría del Estado en la Universidad Nacional de Cuyo).-

LA FILOSOFIA DEL DERECHO DE ARISTÓTELES

I.- Preliminares.-

a) El hombre.¹

Recordemos que Aristóteles (384 - 322 A.C.), originario de Estagira, en Macedonia, fue en Atenas discípulo de Platón. Luego se trasladó al Asia Menor y a Macedonia, donde el rey Filipo le confió la educación de Alejandro. Más tarde, regresó a Atenas para fundar su propia escuela, el Liceo.

Aristóteles estuvo siempre comprometido con la vida pública de la Ciudad, si bien no de la forma ardiente y directa en que lo estuvo Platón -los bellos días de la democracia de Atenas ya habían pasado- pero sí como consejero de varios príncipes -como el tirano Hermias, en el Asia Menor-, como educador de Alejandro, como reconstructor y sin duda legislador de su ciudad natal de Estagira, o como pariente de Antípater, el regente de Macedonia en Grecia.

Pero Aristóteles fue sobre todo un hombre de estudio; una de sus tesis de filosofía moral es la de la superioridad de la vida contemplativa sobre la vida activa. Dirigió, en el Liceo, un centro de investigaciones científicas, cultivó la metafísica, la psicología, la lógica; sabemos que fue tomando progresivamente distancia de las doctrinas de su maestro ("...amicus Plato, sed magis amica Veritas...") y terminó repudiando el idealismo. Platón tenía la mirada dirigida hacia el cielo, el pretendido cielo de las ideas; Aristóteles, por el contrario, los vuelve hacia la tierra y rehabilita la experiencia sensible, tal como lo ilustra el famoso cuadro de Rafael. Es un método muy diferente al de Platón el que Aristóteles aplica al estudio de la política y del derecho.

b) Principales obras sobre la política y el derecho.

¹ Se encontrará una biografía en el Prefacio de la *"Política"*, (edic. Guillaume Budé, por Aubonnet). Pueden consultarse las obras de Robin, Jaeger y Ross.

Un buen número de obras de Aristóteles -hoy perdidas- parecen haber tratado del derecho y la política: diálogos de juventud sobre “La Política” y “La Justicia”, una obra sobre las costumbres bárbaras (Nomina barbárica), sobre el “poder judicial”, sobre “la reyecía”, acerca de “Alejandro o las colonias”, compilaciones de textos jurídicos (dikaionata) y estudios, realizados en el Liceo, sobre una centena de constituciones.

Sólo una parte de la producción de Aristóteles ha llegado hasta nosotros; de ella utilizaremos en nuestro estudio:

1º) las Éticas, sobre todo la Ética Nicomaquea (nota: Existen tres traducciones francesas recientes, de Tricot, Gauthier y Volquin. Sobre la evolución de la doctrina de Aristóteles en sus Éticas, ver Hamburger, *Morals and law, The growth of Aristotle's legal theory*, 1951) Aristóteles investiga aquí en qué consiste la felicidad del hombre, fin de su conducta moral; define a la virtud como un justo medio: la templanza consiste en no comer demasiado ni demasiado poco; ser liberal significa un medio entre la avaricia y la prodigalidad. Nos interesa sobre todo el libro V, donde se encuentra una doctrina completa de la justicia y el derecho; accesorialmente, los libros VIII y IX sobre la amistad, las comunidades y la vida social y el VI sobre la prudencia y las demás virtudes intelectuales.

2º) la Política. (nota: Pueden verse las traducciones de Thurot y Prélot; una nueva edición bilingüe de Aubonnet ha comenzado a publicarse por las Ediciones Guillaume Budé; hay una traducción inglesa de Rucklam en la Loeb Classical Library). Poniendo en práctica su doctrina de la justicia, Aristóteles busca cuáles pueden ser las mejores constituciones, adaptadas a la esencia del hombre y a las variables condiciones de la vida social; analiza las experiencias de los estados de su tiempo y diversos proyectos de constituciones.

3º) la Retórica. (nota: Ver la traducción de Voilquin). En este tratado del arte de la oratoria, Aristóteles dedica un largo espacio a la elocuencia judicial; estudia los argumentos de que puede hacer uso el abogado: el derecho natural, las leyes positivas, la equidad. Otro ejemplo de aplicación concreta de una filosofía del derecho (libro I, cap. 9, 13, 14, etc.).

No es posible elogiar el estilo de estas obras tal como debe hacerse con las de Platón; su pesadez y aparente desorden son explicables parcialmente por el carácter imperfecto de su transmisión; no poseemos de Aristóteles nada más que sus obras esotéricas, no destinadas al gran público: se trata más bien de notas de clase, como nuestros actuales mimeografiados, de redacción poco cuidada. Un libro como la Política parece estar constituido por fragmentos diversos, reunidos sin orden lógico; esto ha permitido a Prélot modificar la disposición tradicional de los capítulos. Pareciera que este libro datara de diversos momentos de la vida de Aristóteles y, aunque fuese en parte, obra de alguno de sus discípulos. (Ver un

resumen de las investigaciones contemporáneas acerca de la transmisión de las obras de Aristóteles en: Bourgey, Aristote, Congrès Guillaume Budé, 1958).

Ello no impide que una lectura atenta revele de inmediato las prodigiosas cualidades de la obra: su honestidad intelectual, su modestia, su culto ardiente de la verdad, su reticencia a sacar conclusiones definitivas; el desorden, los retrocesos y reiteraciones de los que este libro está lleno, no son sino un signo de verdad. Para nosotros, la filosofía del derecho de Aristóteles está maravillosamente adaptada a la experiencia; por ejemplo, no se encontrará en ninguna otra parte la clave de lo que debe entenderse por la expresión, muy poco conocida, de derecho natural. (Para un estudio más detallado de la filosofía del derecho de Aristóteles, ver nuestro Compendio del derecho natural clásico, en las Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho, 2^a edición, p. 109 y sigs., con bibliografía, p. 25).

II. La Definición del Derecho

En Platón hemos encontrado una noción muy amplia del derecho, no diferenciada de la moral. Es un gran mérito de Aristóteles, en el libro V de la Ética Nicomaquea, el haber develado una noción mucho más precisa, cuya importancia histórica es considerable. Esta noción estricta, no es un invento de Aristóteles, constituido arbitrariamente en sueños, a la manera idealista; por el contrario, él la ha extraído de la experiencia y de la observación del lenguaje, que es el reflejo de la experiencia. Aristóteles investiga el sentido del término DIKAION, que nosotros traducimos a la vez por "justo" o por "derecho". Los nombres reciben en el lenguaje vulgar acepciones muy variadas, en virtud de la pobreza de nuestro lenguaje; "plura sunt negotia quam vocablo". Pero un análisis atento nos libera de confusiones y distingue el sentido propio del término de los sentidos derivados; pone de relieve el sentido estricto y más auténtico del nombre. Por este método, quedarán circumscribidos el objeto específico y el campo de aplicación de la virtud de justicia y luego definida la ubicación del derecho en relación a la justicia.

1.- El objeto de la justicia: la distribución.

Se designa algunas veces como justa -es por esta observación que comienza la investigación de Aristóteles- toda conducta que parece conformarse con la ley moral; en este sentido, la justicia incluye a todas las virtudes, resulta ser una virtud universal. Aristóteles no rechaza esta acepción amplia; muestra su razón de ser, el porqué podemos ser llevados a calificar a toda virtud, incluso la templanza o el coraje, con el nombre de justicia: cuando consideramos -ante todo- el ejercicio de

estas virtudes en función de su utilidad social, como cuando el coraje se dirige al cumplimiento de un deber hacia la patria.

Pero es posible discernir una acepción más precisa del nombre, su sentido primigenio, aquel que merece en mayor medida nuestra atención: la justicia particular. El objeto propio de esta virtud es el dar a cada uno lo suyo -suum cuique tribuere- conforme a la fórmula tradicional ya estudiada por Platón y que encontraremos reiterada a través de toda la literatura clásica; es el efectuar un reparto conveniente, que no atribuya a cada uno ni más ni menos de lo que exige una medida recta, una cierta "igualdad" (ison). Aristóteles encuentra aquí una aplicación de su teoría general de la virtud como un justo medio; pero aquí ese justo medio se encuentra en las cosas mismas, que se distribuyen a cada uno en cantidad ni demasiado grande ni demasiado pequeña, sino intermedia entre ambos excesos (medium rei). Veremos más adelante la importancia de esta última observación.

De este modo, el objeto de la justicia no se confunde con el de la moral en general y comienza a formarse una idea menos amplia y difusa del objeto del arte jurídico.

2.-Justicia distributiva y conmutativa.

Para precisar mejor el sentido de esta especie de "igualdad" por la que se define a la justicia propiamente dicha, Aristóteles realiza el análisis de estas dos justicias: "distributiva" y "conmutativa". Esta distinción es hoy en día muy mal comprendida, en virtud de las deformaciones que ha sufrido a manos de sus intérpretes, sobre todo en el pensamiento jurídico moderno posterior al siglo XVI.

a) La justicia distributiva tiene por cometido la distribución de los bienes, honores y cargas públicas entre las personas; aquel que es -tal como acabamos de decirlo- el cometido propio de la justicia. Es por aquí que debe comenzar la puesta en práctica de la justicia. Es en esto en lo que ella principalmente consiste.

Ahora bien, en este caso, la igualdad que nosotros buscamos es una proporción; una igualdad "geométrica" o igualdad entre dos fracciones. La justicia tenderá, por ejemplo, a que exista la misma relación entre los honores que tributamos a Mozart y a Puccini que entre la calidad de la música de estos dos autores; entre los salarios del zapatero y del arquitecto, que entre el valor, la cantidad o la calidad del trabajo de estas dos personas.

$$\frac{\text{precio de la casa}}{\text{precio de los zapatos}} = \frac{\text{trabajo del arquitecto}}{\text{trabajo del zapatero}}$$

b) La justicia conmutativa no cumple sino un papel subsidiario. Si suponemos a los bienes, honores y cargas ya distribuidos, a los patrimonios ya establecidos conforme a la fórmula precedente, resulta que este equilibrio quedará alterado cada vez que una fracción de bienes atribuida a un patrimonio pase a formar parte de otro, como cuando mil francos salen de un bolsillo para pasar al de otra persona. Resulta necesario entonces corregir ese desequilibrio -de aquí el nombre de justicia "correctiva", "dikaion diortoticon"-, lo que no puede hacerse sino restituyendo una cantidad equivalente; operación que, al fin de cuentas, se reduce a un intercambio (comutación o "sinalagma").

En esta hipótesis subsidiaria, la igualdad buscada se expresa en una fórmula más simple, llamada de igualdad "aritmética". Aquí el oficio del juez es el de calcular una restitución igual al daño sufrido; si un automóvil de propiedad de "A" ha pasado al patrimonio de "B", sea porque lo ha robado, porque lo ha comprado, o porque ha sido expropiado por causa de utilidad pública en su beneficio, será necesario que "B" pague en su lugar su justo precio.

Por ejemplo:

un automóvil = 5.000 francos

Esta división entre dos tipos de aplicación de la justicia, con dos métodos diferentes, en la que culmina el estudio de Aristóteles, es de una gran fecundidad. Es ella probablemente la fuente de la distinción entre derecho público y derecho privado: si se acepta que el estado y el derecho público son los competentes para realizar la primera de las tareas -la distribución de los patrimonios-, es posible constituir una regla autónoma para regular las conmutaciones: esta será la del derecho privado, que la ciencia de los jurisconsultos ha desenvuelto a partir del principio de la igualdad simple o aritmética. De hecho, los jurisconsultos romanos han explotado metódicamente este último principio como en los casos de la teoría del enriquecimiento sin causa del mutuo del justo precio, del "damnum injuria datum" o de las condiciones "sine causa".

Pero no debemos olvidar, como en forma errónea los hacemos ordinariamente, que a fin de cuentas la tarea de la justicia es realizar una sana distribución; que la justicia conmutativa no es sino un anexo de la distributiva, un "correctivo". La "igualdad" por la que definimos el fin de la justicia, en sentido estricto, consiste ante todo y precisamente en una proporción.

3. Su campo de aplicación: el "dikaion politikon".

¿Sobre qué realidades se ejerce la justicia, en qué dominio debe ella esforzarse para dar a cada uno lo suyo? Para Platón, que no distingue casi entre el derecho y la moral, es la justicia la que debe organizar el equilibrio interior del individuo, dando un rango inferior al coraje que a la razón y a los instintos sensibles que al coraje.

Aristóteles no ignora este sentido amplio, este sentido moral del término justicia; puede decirse que un hombre sabio, fuerte y templado es un justo. Pero se trata en este caso de un sentido derivado, metafórico (*Etica Nicomaquea*, V, 11, 9). Aristóteles distingue y subraya otra acepción del término justo, que es para él la principal: lo justo es sobre todo, el equilibrio realizado, en una ciudad, entre los diversos ciudadanos asociados. La ciudad está formada por hombres libres, con intereses distintos y que se disputan bienes y honores; es entre ellos que juega los justo político “*dikaion politikon*”- especie principal de lo justo.

Esto no significa que no pueda hablarse, de modo más o menos impropio, de una justicia ejercida en sociedades menores, sobre todo en la familia. Existe también en las familias un cierto reparto de bienes que realiza el padre entre la mujer, los hijos y los servidores y puede decirse que este reparto tiende a la justicia, “*dikaion patricon*” u “*oeconomikon*”. Pero el empleo de ese término allí es impropio, ya que no existen en la familia intereses propiamente distintos, de modo que pueda haber lugar a una partición estricta. Los hijos -dice Aristóteles- “son algo del padre”, no son “otros que su padre”, no tienen patrimonios distintos. Lo mismo ocurre con los servidores, según las concepciones antiguas. La familia es, como lo diríamos hoy, comunidad, no sociedad; no existe derecho en su seno, ni justicia en el sentido estricto del término. Algo similar ocurre en los grupos de amigos, a los que Aristóteles consagra los últimos libros de la *Etica*; y tampoco en una ciudad ideal, platónica, en la que reinaría la caridad (*Etica Nicomaquea*, VIII, 1, 4).

Por lo tanto, no existe derecho, *dikaion*, en el sentido más propio del término, más que en las relaciones entre ciudadanos. Esto contradice las modernas tesis confusionistas de un Gurvitch, que pretenden encontrar un derecho en los grupos infraestatales; por otra parte, presagia la distinción entre “sociedad” y “comunidad”, gesellschaft y gemeinschaft. Aristóteles ya sabía todo esto, antes que los sociólogos alemanes del siglo XIX. Y los historiadores del derecho no han sacado todo el provecho que debían, en esta materia, de la doctrina aristotélica: en Roma no se encuentra un derecho que regule las relaciones del “paterfamilias” con sus hijos o del amo con el esclavo. Y esto no es una razón válida para tildar al régimen romano de inhumanidad; no quiere decir que el hijo y el esclavo no estuvieran protegidos por otros modos de “control social”; ningún texto romano ha sostenido jamás que los esclavos no fueran personas; por el contrario, Gayo los enumera entre ellas. Lo que sucede es que la protección del esclavo no competía al arte del derecho, según el lenguaje de Aristóteles del que debemos admirar su precisión.

4.- Distinción entre el derecho y la moral.

Platón confundía bajo los términos “nomos” y “dikaion” el derecho y toda la moral. El esfuerzo de Aristóteles por salir de esta confusión culmina en los capítulos VIII y IX del libro V de la Etica Nicomaquea, en donde llega a una clara distinción del derecho y la justicia.

No queda duda de que Aristóteles trata del derecho, del “dikaion”, en su estudio sobre la justicia; la ciencia del derecho es una parte de la ciencia de la justicia, pero que se distingue de ella. También en este tema va a proceder Aristóteles con su habitual respeto por la experiencia, comenzando por la observación del lenguaje: es evidente que existe una diferencia entre ser y cumplir con lo justo; entre “dikaios” y “dikaion”. Se puede cumplir con el “dikaion”, es decir con los actos justos, sin ser yo mismo “dikaios”, es decir, íntimamente justo. Por ejemplo: se puede devolver el depósito, no por espíritu de justicia, sino solo por temor al gendarme. Como es posible -por otra parte- ejecutar actos injustos por error o bajo los efectos de una constricción cualquiera, sin que exista injusticia subjetiva.

La ciencia del derecho, del “dikaion”, concierne solamente a los actos exteriores; a esa igualdad en las cosas, en las relaciones entre los ciudadanos, a ese “medium rei” que hemos definido ya como el objeto de la justicia. Al moralista dejamos la investigación de las intenciones, lo que no significa que el jurista no sea un auxiliar de la moral, ya que indica al moralista aquello que la intención debe procurar en su ámbito. Pero el jurista no se ocupa sino del objeto sin importarle el modo en que se lo persiga. Santo Tomás dirá que el “jus” es el “objetum justitiae”.

Es de este modo como el derecho se especializa dentro del ámbito moral y las leyes solamente morales se distinguen de las leyes jurídicas; no toda ley es -tal como lo creía Platón- ley jurídica. La ciencia del derecho ha conquistado su autonomía a partir de un análisis riguroso y fiel de la experiencia, como lo es el que realiza Aristóteles en el libro V de la Etica Nicomaquea.

Por abstractos que sean estos análisis, tienen una enorme importancia en la historia del derecho, aunque no se les ha prestado la debida atención. Han existido civilizaciones que confundían derecho y moral; así lo hacía Platón y en la edad media los seguidores de San Agustín. Por el contrario, otras -siguiendo el descubrimiento de Aristóteles- han sabido delimitar un sector específicamente jurídico, dejando fuera del derecho el estudio de otras virtudes, distintas de la justicia -caridad, liberalidad, misericordia-, como asimismo el examen de las intenciones del sujeto. Es sobre una definición estricta del derecho que se construyó el derecho natural clásico y el derecho europeo moderno, siguiendo a Santo Tomás. Ello, porque el contenido de la ciencia del derecho, sus fuentes, su método, su espíritu, dependen en gran medida de las fronteras que se asigne a esta ciencia.

III. Las fuentes del derecho

1.- El derecho natural aristotélico

No menos vigoroso y acertado se revela el estudio de Aristóteles acerca de las fuentes del derecho; en la *Etica Nicomaquea*, la *Política* y la *Retórica*, Aristóteles investiga el sentido de la noción de derecho natural, criticada generalmente por quienes no tienen una noción precisa de todo lo que ella encierra.

Los juristas de nuestros días separan el “derecho positivo” de lo que ellos denominan como “derecho natural”; para ellos el derecho, o bien se deduciría de las leyes positivas o bien habría que extraerlo de otra fuente: los pretendidos axiomas inscriptos en la razón del hombre, aquello que los neokantianos denominan hoy en día derecho natural.

Este dualismo nos parece totalmente alejado del pensamiento de Aristóteles. No hay duda de que él distingue dos especies de justo o de derecho (*Etica Nicomaquea*, V, 7): justo natural y justo positivo; asimismo nos advierte que algunas veces debemos contentarnos con este derecho poco formalizado y embrionario que es el “*dikaion Physikon*”. El derecho natural adquiere, por lo tanto, una cierta existencia autónoma, pero muy imperfecta. Normalmente, la solución jurídica debe atenerse conjuntamente a estas dos fuentes, que no se oponen sino que son complementarias: por una parte el estudio de la naturaleza y luego, en una segunda etapa, la determinación precisa del legislador o del juez. No existe oposición entre lo justo “natural” y las leyes sancionadas por el estado, sino que estas leyes expresan y complementan lo justo natural. Esta doctrina del derecho natural está lejos de desconocer la importancia del legislador.

Pero analicemos ante todo el primer momento de la elaboración del derecho: se trata de un momento intelectual, teórico, especulativo; en primer lugar, el derecho procede de la observación de la naturaleza; por ello, debemos tratar de comprender fundado en qué filosofía puede pretender Aristóteles extraer el derecho de la naturaleza, para luego realizar, en la *Política*, su puesta en práctica.

A.- Los principios.-

Educados como estamos en la filosofía kantiana, nos resulta, difícil concebir que del estudio de los hechos puedan extraerse consecuencias normativas, del “sein” el “sollen”. Lo que sucede es qué la noción aristotélica de naturaleza desborda el

conjunto de los “hechos” a los que se limita la ciencia moderna; que el “ente”, tal como lo concibe la filosofía del Estagirita, no es lo mismo que el “sein” kantiano; que el método de observación recomendado por Aristóteles, es mucho más complejo que el de los sabios de hoy en día.

a) La naturaleza

Aristóteles es demasiado respetuoso del lenguaje espontáneo del pueblo como para ignorar que el término naturaleza -“physis”-, como también la palabra derecho -“dikaion”-, tienen numerosos sentidos. El primero de estos términos puede designar ante todo al conjunto del mundo exterior donde nos es dado vivir; ahora bien, este cosmos ordenado implica un ordenador; el mundo, en la visión de Aristóteles es la obra de una inteligencia, de un artista, que el Estagirita compara con un alfarero, que manipula la arcilla con el fin de darle una forma. Para él, el mundo no está regido solamente por leyes de causalidad eficiente o material, que son las que importan a los sabios modernos, sino también por las de causalidad formal y final. Como el vaso del alfarero, el mundo está formado en función de una finalidad. Aquí se ve claramente porqué el cristianismo tomó para sí esta filosofía, que se amoldaba a la idea de un Dios creador.

Se puede decir también, que cada ente particular tiene su propia naturaleza y esta naturaleza es aquello que ese ente debe ser -su forma, su finalidad- según el plan de la naturaleza entendida en sentido universal. “La naturaleza de cada cosa es su fin” (Política, I, 2, 8, 1252 b), escribe Aristóteles; y, en lo que toca a los seres vivientes, significa que su “naturaleza” no es solamente lo que ellos son desde el punto de vista de la ciencia moderna. El hombre, por ejemplo, no logra en forma inmediata la plenitud de su ser; su naturaleza no es propiamente lo que el es actualmente en acto, sino sobre todo aquello que tiende a ser y que se encuentra en potencia: su forma, su fin. Un arquitecto que juega al bridge en una velada social, no deja de ser un arquitecto porque no esté ejerciendo actualmente su oficio, ya que potencialmente puede, en cualquier momento, construir una casa. Asimismo el ser del hombre no es el del niño lloroso o el del enfermo, sino el del adulto que ha llegado a su pleno desarrollo. Hay en la naturaleza muchos seres vivientes que se encuentran ordenados a ser en su completo desarrollo, que es su fin y su felicidad.

En un sentido análogo, el término naturaleza puede también designar ese principio, esa fuerza, esa tendencia qué, según esta filosofía, impulsa al ente a realizar su fin (Política, VII, 12, 6 y 7-VII, 14, 15).

Estamos muy poco cercanos al lenguaje moderno que, por naturaleza, designa al hecho bruto. En la doctrina de Aristóteles, la noción de naturaleza implica referencia a fines, de tal modo que pueden inferirse de ella conocimientos normativos.

b) La observación de la naturaleza

La observación de la naturaleza es, para Aristóteles, mucho más que la observación de los hechos de la ciencia moderna: no es pasivamente descriptiva y neutra, sino que implica el discernimiento activo de valores.

Reconocer la naturaleza de las cosas, supone la realización de una elección en el mundo de los fenómenos. Existen monstruos en el mundo, realidades nacidas defectuosas, tal como las rebarbas informes que el alfarero desecha: por ejemplo, las plantas mal formadas, que no llegan a crecer, los carneros que nacen con tres patas, los hermanos siameses, los sordomudos o ciegos, los enfermos y los achacosos. La ciencia completa de la naturaleza que es una ciencia también del orden y de las causas finales, sabe distinguir estos seres malogrados de los sanos, y ello según la naturaleza.

Para Aristóteles, existen bárbaros que no pueden alcanzar el mismo grado de desarrollo de la naturaleza humana que los hombres civilizados; existen familias mal constituidas, que no logran asegurar la vida, la subsistencia del grupo; ciudades destinadas al fracaso y a la anarquía interior. Una observación integral de la realidad debe conducirnos a distinguir los hombres y las sociedades constituidos según el plan de la naturaleza, de aquellas desviaciones malsanas, como el naturalista distingue el aborto del ser natural. Del mismo modo, es posible distinguir aquello que es justo según la naturaleza, de aquello que es desde este mismo punto de vista, torcido e injusto.

B- APPLICACIONES

Aristóteles puso en práctica sus principios en la Política, donde le vemos elaborar soluciones jurídicas, sobre todo de derecho constitucional. Su método es bien distinto del seguido por Platón en La República con el mismo objetivo. Trataremos de descubrir este método en algunos ejemplos particulares.

a) El régimen de la ciudad

En el libro I de la Política, Aristóteles establece una tesis fundamental: que el hombre es un animal político “zoon politicon”. Esto significa que está hecho para vivir en ciudades, ni tan grandes como los imperios o nuestros estados modernos, ni demasiado pequeñas. Más tarde precisará cuales deben ser las dimensiones y el número de la población de este grupo político natural.

¿De qué modo llega a esta conclusión? Observando, por ejemplo, que los salvajes, que viven más o menos solos o en pequeñas tribus, no llegan al desenvolvimiento cultural que parece exigir la naturaleza, la que ha dotado al hombre, a diferencia de los animales, del lenguaje y de la inteligencia, sin duda para que las cultive. Los imperios muy grandes no le parecen -según su experiencia- conducir al hombre a la perfección y la felicidad. Solamente las ciudades han producido, sobre todo en Grecia, literatura, artes, filosofía. Del mismo modo que un navío no podría cumplir la tarea para la que ha sido hecho, si fuera demasiado pequeño como para llevar pasajeros, o demasiado grande como para entrar en el puerto, razón por la que no merecería el nombre de navío, del mismo modo ocurriría con las ciudades (Política, VII, 4, 6).

Solo la ciudad es por lo tanto natural -"phisyke"- lo que no quiere decir que todos los hombres vivan en ciudades, ni que las haya habido en los orígenes de la historia. Por el contrario, "debe estimarse que los fundadores de ciudades han sido grandes benefactores" (Política, I, 2, 15, 1253 a). El hombre es un animal político en potencia y solo esforzándose es que deviene tal en acto.

Una observación: podría parecer que este axioma debiera ser tenido hoy en día por falso. Pero ello no es seguro, ya que la participación de todos en la vida pública se ejerce mal en un estado demasiado grande; nuestros federalistas retornan a la filosofía de Aristóteles. El no excluyó las federaciones de ciudades (Política, VII, 6, 1) y más adelante veremos que Aristóteles nunca pretendió llegar, en este punto, a conclusiones definitivas, sino solamente provisionales, validas con referencia a la información y las experiencias de su tiempo.

b) La esclavitud

Es en el mismo libro I de la Política, que Aristóteles sostiene -entre otras doctrinas tales como la de la autoridad del padre sobre sus hijos y del marido sobre su esposa- el carácter natural de la esclavitud. No se trata aquí de derecho, ·dikaion politikon·, sino de "economía", es decir, de la organización de la familia; de todos modos, el método de investigación es el mismo.

Aristóteles llega a esta conclusión -no sin tanteos ni dudas (Política, I, 6, 1)- partiendo de la observación de los hechos, "ton ginomeron" (Política I, 5, 1). Para que la producción necesaria para la subsistencia del grupo familiar se logre sin interferir con su desenvolvimiento cultural, aparece como un dato de experiencia la necesaria división de tareas entre los amos y los esclavos (Política, I, 4, 3). Por otra parte, la naturaleza ha hecho a las razas desiguales, de suerte que algunas de ellas parecen destinadas solo a proveer mano de obra (Política, VII, 6, 1).

De esto no se sigue que todas las formas de esclavitud se encuentren justificadas: existen servidumbres injustas, fundadas sólo sobre la violencia y por lo tanto contrarias a la naturaleza (Política, I, 6 1). Aristóteles liberó en su testamento a todos sus esclavos. No se sigue tampoco que la autoridad sobre el esclavo sea absoluta, ni idéntica a la que se tiene sobre las bestias: Aristóteles se esfuerza en demostrar que así como se conduce a bestia por la fuerza, la naturaleza exige que se persuada al siervo y que una cierta "amistad" -"philia"- debe existir entre él y su amo (Política, I, 6, 9, 1255 a). También por naturaleza existe una diferencia entre la autoridad marital y la del amo sobre el esclavo; algunos pueblos bárbaros sufren las consecuencias, tal como la experiencia lo prueba, de no hacer esta distinción (Política, I, 2, 4, 1252 a).

Una observación: no nos apresuremos a juzgar perimida esta doctrina. Por más que ello choque con nuestros ideales igualitaristas, existen todavía siervos: hay una jerarquía entre patrones, capataces y obreros que obedecen. El término "doulos" que utiliza Aristóteles, significa propiamente servidor y no lo que el siglo XIX entendía por esclavo. Existen también diferencias de capacidades vinculadas -tal como lo observó el Estagirita- al clima. Pero debemos notar sobre todo, que las conclusiones de Aristóteles no pretenden ser definitivas: "si los barcos navegaran solos no serían necesarios los esclavos" escribía en la Política (I, 4, 3); ni tampoco tan precisas como se sostiene de ordinario.

c) El mejor régimen

Los otros libros de la Política referidos al derecho, nos proveerán por centenas de ejemplos de aplicación del mismo método; así, sobre la edad y condiciones para el matrimonio (Política, VII, 14, 1, 4 y 7), la restricción de los nacimientos (Política, VII, 14, 10), el reparto de las cosas en bienes públicos y privados, etc...

Elijamos la conclusión más importante de la obra, que es de derecho constitucional. Aquí sobre todo practica Aristóteles el método de la observación, principalmente en aquellos pasajes que -según los especialistas- son de redacción tardía (libros IV, V y VI). Con sus discípulos del Liceo, Aristóteles analizó más de cien constituciones distintas de ciudades y estados de su tiempo. Este trabajo es la base de la Política y sus experiencias parecen probar que el régimen más apto para hacer a los ciudadanos felices, sabios, cultos -lo que no son los espartanos, que cometen el error de vivir sólo para la guerra (Política, VII, 8, 2-13, 11 y 12)-es uno intermedio entre la aristocracia y la democracia; es bueno que cada ciudadano participe en la vida pública, pero una buena distribución de los honores y cargas públicas tendrá en cuenta también a la riqueza, las capacidades y la edad (Política, VII, 13, 3). Y la experiencia demuestra que es "natural", es decir útil con referencia

al desarrollo de los ciudadanos, que no siempre estén en el gobierno los mismos hombres (Política, III, II, 2 y sigs., VII, 3, 4).

Pero la doctrina de Aristóteles es de una gran prudencia, el mejor régimen en teoría no lo es en todas las hipótesis. La experiencia comprueba que en una ciudad de guerreros, en una fortaleza, conviene una mayor medida de aristocracia; en una ciudad campesina, una mayor medida de democracia; “la acrópolis es oligárquica y la llanura democrática”, escribe el filósofo (Política, VII, 10, 4; IV, 1, 2 y 3).

Aristóteles es el “padre de la doctrina del derecho natural”; fue él quien hizo resaltar el término “dikaion phisicon”, quien elaboró la teoría y quien la puso en práctica; es el fundador de una doctrina a la que, a través de los siglos, debían adherir innumerables juristas. Pero el derecho natural de Aristóteles es algo muy diferente de lo que la mayoría se imagina.

La mayor parte de nuestros contemporáneos piensa que las soluciones de derecho natural habrían de ser deducidas de ciertos principios: ya se trate de principios “a priori” de la razón práctica, como en la escuela kantiana, ya sea de alguna definición abstracta de la “naturaleza del hombre”, como en la Escuela Moderna del Derecho Natural. Acabamos de ver que esto no es así en el fundador de la doctrina. Como buen realista, Aristóteles practica un método de observación: del mismo modo que un botánico, colecciona las experiencias de los imperios y de las ciudades de su tiempo, anticipándose al derecho comparado y la sociología del derecho. El derecho natural es un método experimental.

También es una idea aceptada, que el derecho natural estaría compuesto de reglas inmutables y definitivas, a las que se acusa de no adaptarse a los movimientos históricos de nuestra sociedad, a las circunstancias de tiempo y de lugar. Un nuevo error. Platón trazó, a raíz de su método idealista, el régimen de un estado ideal diseñado de una vez para siempre; en conclusión, francamente utópico. Pero Aristóteles no llega, ni pretende llegar, a consecuencias tan absolutas, antes bien, propone conclusiones probables, siempre abiertas a los desmentidos que puedan resultar de nuevas experiencias; fluctuantes y más o menos difusas.

Podremos sentir una cierta decepción frente a doctrinas tan tímidas; a menos que un nuevo acierto de esta doctrina sea el haber reconocido los límites del derecho natural.

2.—La teoría de las leyes positivas

Es un contrasentido demasiado habitual imaginarse que la doctrina del derecho natural predica la desobediencia a las leyes. Por el contrario, con el mismo espíritu que Sócrates, Aristóteles en un partidario decidido de las leyes positivas. Lúcidamente, ha reconocido su necesidad, escrutado sus orígenes y determinado su necesidad.

A.- SOBRE LA NECESIDAD DE LAS LEYES

La imperfección de la ciencia del derecho natural.

Acabamos de comprobar que, en un primer momento, la investigación acerca de lo justo por la observación de la naturaleza, no llega sino a resultados imprecisos. Resumamos las principales causas de esta deficiencia:

a) El método aristotélico es siervo de la observación, es decir de una observación necesariamente incompleta, de una experiencia siempre cambiante, que puede, enriquecerse a cada momento con elementos nuevos. Aristóteles funda la esclavitud sobre la constatación del hecho de que "los navíos no pueden andar solos" ¿que será de ella luego de la invención de las máquinas?. El Estagirita llega a la condena del préstamo a interés, luego de un estudio acerca del papel de la moneda en la ciudad griega; ¿qué pensarán acerca de ello los economistas modernos?.

Es un principio de la lógica aristotélica que a cada tipo de objeto corresponde un modo de conocimiento distinto, con su grado de certeza propio. Existe poca certeza en el derecho; Aristóteles nos advierte que en el estudio del derecho no puede hablarse, propiamente, de una ciencia -"episteme"-; es ciencia aquel conocimiento cierto que se deduce de principios evidentes. Las matemáticas son ciertas porque las deducimos de axiomas que tenemos por evidentes. Pero, ¿qué sucede con lo justo?. Si tuviéramos acceso al plan del divino artesano de la naturaleza, si poseyéramos la fórmula que define al ser del hombre, nos sería posible deducir conclusiones seguras. Pero éste no es el caso. La naturaleza es una desconocida, de la que nosotros perseguimos el inasible secreto por el camino de la experiencia sensible. El derecho es objeto de una búsqueda jamás acabada, que se opera sobre la base de las observaciones a través del método dialéctico; búsqueda que no accede más que a resultados provisорios.

b) Pero existe una razón más profunda para que el derecho natural no pueda enmarcarse en reglas fijas: ella es que el derecho es siempre adecuación a las circunstancias cambiantes; no es el mismo el régimen que conviene a la acrópolis que a la llanura, a Atenas, Esparta o Tebas; a la Atenas del siglo V y a la del siglo III.

El derecho es por esencia móvil: nadie ha proclamado esta verdad más resueltamente que Aristóteles en el texto tan célebre de la Etica Nicomaquea (V, 7, 1 y sig.), en que define el derecho natural. Se trata de un texto difícil, que

desconcierta a los intérpretes impregnados del espíritu moderno y del que los traductores franceses nos dan versiones divergentes (Cf. las traducciones de Gauthier, Tricot, Voilquin y Thurot). Pero el sentido general es claro: "No obstante que existe algo justo por naturaleza, las reglas de lo justo se encuentran sometidas al cambio". "El fuego arde de la misma manera en Persia que en Grecia, pero el derecho es siempre cambiante". No queda perfectamente claro, en este texto de Aristóteles, si las transformaciones del derecho se deben a aquello que el derecho tiene de convención, o a lo que de cambiante tiene la naturaleza humana. Parece más apropiado pronunciarse en este ultimo sentido: " ¿Entre todas esas reglas que podrían ser de otro modo, cuáles pertenecen a la naturaleza de las cosas y cuáles no y son solamente convencionales y fruto de un acuerdo común, si tanto las unas como las otras están del mismo modo sujetas a mutaciones?. Lo que al menos queda bien claro es que esta distinción es válida también en otros ámbitos: por ejemplo, es por naturaleza que la mano derecha es más fuerte que la izquierda y no obstante se puede llegar a ser ambidiestro" (trad. Gauthier).

De aquí resulta que del estudio de lo justo natural no pueden extraerse reglas. En nuestros días y dentro del mundo católico, se publican periódicamente "tratados de derecho natural", conteniendo reglas que se consideran definitivas; ellas pueden ser una causa de trastorno para el jurista, ya que se yuxtaponen a las reglas llamadas de "derecho positivo"; ahora bien, en caso de contradicción, ¿cuáles elegir?. Kelsen tuvo razón al denunciar este dualismo embarazoso. Pero la pretensión de Aristóteles no fue la de establecer reglas de derecho natural; lo justo natural no tiene forma de norma expresa. Es cierto que en la Retórica recomienda a los abogados recurrir, cuando la ley escrita es desfavorable a su causa, a las leyes según la naturaleza" -"nomoi kata phisin"-; pero, al leer nuevamente el texto, se evidencia que no se trata sino de leyes en sentido metafórico: de leyes no formuladas, no escritas -"nomoi agraphoi"- (Retórica, I, 13,11 y 12 - I, 14, 7 - I, 15, 3, etc.).

La observación de la naturaleza es impotente para conducirnos al logro de soluciones concretas, su estudio no es sino un primer momento en la elaboración del derecho, no nos proporciona sino esquemas poco determinados; utilizando el lenguaje aristotélico, nos proporciona nada más que una cierta materia, que es preciso informar.

RAZONES DE SER DE LAS LEYES

En una ciudad ordenada y civilizada, Aristóteles considera necesario que, a los postulados genéricos del derecho natural, se agregue como complemento la redacción de leyes precisas. En la Retórica (I, 1), Aristóteles propone dos razones

en favor de la elaboración de leyes escritas y de la preferencia de sus soluciones a lo justo extraído de la observación de la naturaleza.

- en primer lugar, que en una ciudad es más fácil encontrar unos cuantos legisladores prudentes, informados y sabios, que una multiplicidad de jueces con las mismas cualidades; y es conveniente que en una sociedad los más cultos dirijan a los demás.
- en segundo lugar, que es necesario no confiar demasiado en la imparcialidad de los jueces, en quienes el juicio corre el riesgo de verse deformado por la simpatía o el temor. El legislador se encuentra relativamente al abrigo de estas desviaciones; por ello, "la ley es la razón sin apetito" (Política, III, 11, 1287).

Se puede agregar otra razón; la utilidad en la ciudad de un orden cierto y uniforme. Los Principios vagos, generales, inciertos del derecho natural, no son suficientes para darnos soluciones jurídicas, ya que lo que necesitamos es resolver el caso, no en general, sino en esta ciudad, dentro de esta familia y este caso particular, para lo que es necesaria la intervención suplementaria del legislador o del juez.

B.-GÉNESIS DE LA REGLA DE DERECHO

No podríamos afirmar con absoluta precisión quien debe ser el autor de las leyes, ya que la doctrina de Aristóteles es relativista en este punto: hay algunas ciudades en las que el poder conviene que sea dejado en manos de una oligarquía; o del pueblo en la democracia; o, algunas veces, de un monarca. El mejor régimen se encuentra en el medio y es un régimen mixto, lo que no simplifica las cosas, ya que el poder se encuentra repartido.

El detentador del poder legislativo, o del poder judicial, es aquel que resulta ser, por su situación particular en la ciudad -riqueza, nivel de cultura, representatividad, etc.- responsable de los negocios públicos; ello, a fin de cuentas, en virtud de la naturaleza y no por el voto de la mayoría. No hay en Aristóteles nada parecido a la doctrina del contrato social.

¿Cómo se realiza la tarea propia del legislador o del Juez, que de la materia inconsistente de lo justo natural extraen una regla, o una solución particular de derecho positivo? ¿De dónde procede este nuevo aporte?. Ya no se trata, en esta etapa, de trabajo de la inteligencia, sino de una obra de la voluntad. Lo que se agrega a los resultados del estudio de lo justo por naturaleza, para formar el derecho positivo, es, en gran medida, arbitrario, o por lo menos no puede darse de

él una justificación racional. Según la célebre definición de la Etica Nicomaquea, “no puede saberse de antemano” el contenido de lo justo legal positivo; el depende de una decisión voluntaria del legislador (Etica Nicomaquea, VII, 6, 1).

Uno de los grandes principios de la doctrina es el que la legislación y la jurisprudencia son cuestión, no de inteligencia o razonamiento discursivo, sino de prudencia (Etica Nicomaquea, VI, 1). La prudencia es precisamente esa virtud intelectual que decide, en vistas a la acción, acerca de las situaciones contingentes, sin tener el tiempo ni los medios de explicitar sus razones (Etica Nicomaquea, VI, 5). Ella es, por excelencia, la virtud del legislador y del juez, quienes deben decir lo que es derecho en los casos particulares. “La política y la prudencia son la misma disposición” (Etica Nicomaquea, VI, 8, 1). La prudencia es “nomotética”, o “dikástica”, legislativa o judicial; de aquí porqué los romanos hablaron de jurisprudencia.

Es doble, por lo tanto, el complemento que la decisión legislativa agrega a lo justo natural: a) El legislador pone fin a la búsqueda de lo justo natural, que de otro modo no tendría fin, en razón de que este estudio es infinito en un ámbito lleno de incertidumbre; ya lo hemos visto: siempre abierto a nuevas experiencias o a nuevas discusiones, dialéctico, procediendo por tanteos, siempre provisorio. Es necesario concluir, es preciso detener la investigación a fin de establecer una constitución para Atenas, una solución a este proceso determinado. En este ámbito, la ciencia no sabría concluir más que el asno de Buridan. La conclusión es obra de la voluntad del legislador o del juez. b) El legislador agrega, además, determinaciones precisas a los datos de justo natural; determinaciones necesariamente arbitrarias, ya que la ciencia no las podría discernir. Por ejemplo, que para tal delito, es “una cabra” lo que deberá sacrificarse en reparación y no “dos ovejas” (Etica Nicomaquea, V, 7, 1); o que el justo precio de tal objeto será fijado en tal suma, justo precio que, en cuanto a su fijación precisa, es necesariamente de derecho positivo. Es cierto que queda por dilucidar quién es el que debe determinarlo: los magistrados, en caso de tasación autoritaria, o la población en el mercado; en el régimen mixto de Aristóteles, ambos sistemas se complementan. De este modo, se pone de manifiesto que el derecho procede, a la vez, de la naturaleza y de la convención, ya que el legislador trabaja si la descripción que acabamos de hacer es verdadera, sobre la base de lo justo natural, pero agrega a este dato algo de su propia voluntad para dar lugar a lo justo completo.

C- VALOR Y AUTORIDAD DE LAS LEYES POSITIVAS

LA FUERZA OBLIGATORIA DE LAS LEYES.-

Los análisis que anteceden, tienen el mérito de explicitarnos las razones de la autoridad de las leyes. Las leyes escritas tienen normalmente valor de justicia por que reposan -al menos así lo hemos supuesto- sobre la ciencia de lo justo natural, de la que ellas son la conclusión; por lo que hace a las adiciones arbitrarias del legislador, sobre el poder reglamentario le corresponde por naturaleza, tal como lo hemos explicado.

Por lo tanto, el conjunto del derecho tiene validez, en definitiva, a título de derecho natural: los elementos que proceden directamente de la observación de la naturaleza, es decir las enseñanzas del derecho natural -"dikaion physicon"- tienen valor universal. Aquellos otros, más precisos, que provienen de la decisión del estado -"dikaion nomikon"- no tienen valor para todos ("pantakon"), sino solamente hasta donde se extiende el poder del legislador (Etica Nicomaquea, V, 7, 1); una toma de posición concreta del obispo de París no vale nada, más allá de su diócesis. Ellos componen, por lo tanto, el derecho propio de una ciudad particular (nomos idios. Retórica I, 10, 3 - I, 13, 12 y sigs.).

Dentro de sus límites, el derecho positivo tiene tantos títulos para ser obedecido como el derecho natural; es también llamado justo y, para expresarnos en el lenguaje de los teólogos, obliga en conciencia. Se está moralmente obligado a circular por la derecha o a detenerse ante la senda peatonal, aunque esto provenga, sin lugar a dudas, de una decisión positiva. No es bastante fundar la fuerza obligatoria de las leyes sobre la fuerza del gendarme, luego, ¿qué otro fundamento más respetable que el mismo orden natural, que todos pueden leer en la realidad, que todos pueden y deben reconocer? Todos tienen el deber de inclinarse ante el derecho surgido de la naturaleza, pero nunca podrá probarse que debo hacerlo ante los deseos de la mayoría o de la voluntad del poder pretendidamente investido por el contrato social. La filosofía de Aristóteles funda la autoridad de las leyes, cuestión sobre la que siempre se ha embarrancado el positivismo.

LÍMITES A LA AUTORIDAD DE LAS LEYES

Pero es sobre todo en este punto que la teoría de Aristóteles supera a los positivismos, ya que asigna ciertos límites a la autoridad de las leyes.

a) Hemos reconocido más arriba el valor de las leyes positivas, suponiéndolas establecidas dentro del cuadro de lo justo natural. Esta condición es relativamente fácil de verificar, ya que no puede presumirse que el legislador haya querido salirse de dicho cuadro; no tendría ningún interés. "La ley es razón sin apetito", escribía el filósofo. ¿Por qué razón el legislador, puesto a redactar una ley acerca del régimen matrimonial, no buscará aquel régimen mas conforme con la naturaleza es decir,

más favorable al bien común? Fuera de los casos excepcionales, el legislador es imparcial en estas materias.

También hemos postulado que el legislador pertenece a la élite del cuerpo social, es decir, a los más informados y prudentes, lo que no es de ninguna manera absurdo. E inclusive, cuando el legislador se equivoque en tal o cual cuestión de detalle, ello no será una razón para retirarle nuestra obediencia; no porque nuestro médico incurra en un error, dejaremos de considerar conveniente obedecerlo en general (Retórica, I, 15, 12).

Pero es evidente que existen también, excepcionalmente, legisladores desinteresados del bien público; indignos e ignorantes, como asimismo leyes francamente malas. A ellas no les debemos absolutamente nada y el juez debe apartarse de estas leyes absurdas o nefastas. Nuestra obediencia es solamente limitada y condicional.

b) Otra condición del respeto que debemos al derecho positivo, es que éste emane de la autoridad debida, de la autoridad naturalmente competente para sancionarlo. No es demasiado fácil de determinar, al menos dentro del régimen mixto preferido por Aristóteles.

Este régimen mixto es una combinación de democracia, aristocracia y un poco de monarquía, resultando difícil precisar ciertamente quien detenta el poder legislativo o judicial: si el magistrado, los consejos aristocráticos, o el pueblo en su conjunto. No se encuentra tampoco en la doctrina de Aristóteles aquella soberanía absoluta de la ley en sentido estricto -emanada de una autoridad central- en la que desemboca la doctrina del contrato social. Nada impide que en ocasiones la costumbre, que emana del pueblo, o la jurisprudencia de los sabios, prevalezcan sobre la ley estatal. En realidad, esto se constata también en la experiencia contemporánea, aunque nuestra filosofía del contrato social no alcanza a dar cuenta de ello.

Para Aristóteles, la explicación de este fenómeno no ofrece ninguna dificultad: ella resulta de una doctrina de las fuentes del derecho decididamente elástica; la autoridad jurídica de las leyes estatales no es, aquí, un principio constante.

LA TEORÍA DE LA EQUIDAD

En la Etica Nicomaquea (V, 10) y en la Retórica (Y, 13, 11 y sigs.), se encuentra la célebre teoría de la equidad o epikeia. La equidad, sobreponiendo desde ciertos aspectos a la justicia -coronándola de amistad dulzura y misericordia- es algo así como una super-justicia (Etica Nicomaquea, V, 10, 2), la plena realización de la

igualdad. La justicia se encuentra en el principio de la ley, pero al término del proceso de elaboración del derecho, se la encuentra nuevamente en el oficio de correctivo de la ley escrita.

En efecto, la ley positiva, al conferir a la justicia, flexible por esencia, la forma de una regla rígida, necesariamente se aparta en algo de su modelo original puede ser comparada a una regla de metal rígida, con la que no puede medirse en forma exacta los contornos de un objeto sinuoso. Frente a esto, es preciso autorizar al juez a tomar ciertas libertades frente al texto de la ley, a adaptarla a las circunstancias, a tener en cuenta las circunstancias propias de cada causa particular; por ejemplo, en materia penal, la edad del acusado, su situación social, sus antecedentes, sus intenciones, etc. La equidad es comparable a la regla de plomo usada en Lesbos, que se adapta a las formas del objeto que debe medir (Etica Nicomaquea, V, 10, 7).

Con mayor razón, si se advierte que el legislador ha violado evidentemente los límites de la ciencia de lo Justo natural; si no ha obrado en función del bien común de la ciudad (en cuyo caso ya no es más legislador: la monarquía, la aristocracia, a democracia que gobiernan en interés de un particular o de una clase social y no en función de todos, no son propiamente monarquía, aristocracia o democracia, sino regímenes falsos, degenerados), la ley debe ser desobedecida; ha perdido los fundamentos de su validez. No se trata ya de una ley: "ese texto no es una ley - escribe Aristóteles-, ya que no cumple con la función propia de la ley" (Retórica I, 15, 7). Un cuchillo que no cortara no sería un cuchillo; del mismo modo, una ley que en lugar de ser un instrumento de lo justo, se opusiera manifiestamente a la justicia, no merecería llevar ese nombre y el juez no habrá de tenerla en cuenta. Esta es una fórmula que ya hemos encontrado en Platón y que quedará como una conquista de la filosofía clásica del derecho natural.

He aquí una doctrina de las fuentes del derecho que parece, ante todo, de una gran ductilidad: la utilidad práctica de las leyes resulta bien demostrada; no obstante, en último análisis, queda librado a la prudencia de cada uno y de cada juez, el decidir si ha de servirse o no de este instrumento.

A fin de cuentas, la equidad es la que tiene la última palabra. Esta teoría puede parecernos escandalosa hoy en día; no obstante, en la realidad, las cosas ocurren de ese modo: aún bajo el régimen del positivismo jurídico, el juez no deja de torcer la ley bajo el pretexto de interpretarla y un buen número de leyes caen en desuso.

Aristóteles conocía los límites del espíritu humano, de la condición humana: "a cada ámbito de conocimiento corresponde un determinado grado de certeza". Reconoció los límites de la ciencia del derecho natural, que no arriba sino a conocimientos vagos y provisarios, no aptos para las necesidades prácticas del jurista; pero también reconoció los límites de las leyes escritas no atribuyéndoles un valor absoluto, ni la autoridad soberana.

IV.-CONCLUSION

Ya hemos dicho que la doctrina de Aristóteles es poco atractiva. Seguramente es mucho menos bella que la de Platón y no satisface plenamente ninguna de nuestras aspiraciones: ni las exigencias modernas de un derecho estrictamente encerrado en un código legislativo, ni los deseos de progreso social. Existen filósofos del derecho que nos proponen un ideal: Hobbes, el orden y la seguridad; Locke, la libertad; Rousseau o Kant, la igualdad; Platón, la ciudad una y armoniosa. La filosofía de Aristóteles no nos presta este tipo de servicios.

En lo que hace a sus resultados prácticos, se le ha reprochado el ser chata y burguesamente conformista. Aristóteles adquiere la figura de un conservador, sobre todo por su inmutabilidad frente a las desigualdades sociales; no trata de superar las instituciones de su tiempo sino que busca y elige las mejores, es decir, las más ordenadas al servicio del bienestar humano; se le acusa de haber aceptado y justificado, calificándolas de naturales, la esclavitud, la preponderancia de los ricos en el gobierno de la ciudad, etc. A ello respondemos:

1. Estos reproches afectan más al aristotelismo que al mismo Aristóteles: han sido sus intérpretes quienes transformaron sus conclusiones flexibles y provisorias en reglas fijas de derecho natural. La servidumbre que Aristóteles creyó de derecho natural, no tenía esos contornos rígidos, inhumanos, que los modernos aportaron a la noción de esclavitud; él no es responsable de estas precisiones de los juristas posteriores.

Pero sobre todo, sus conclusiones no se presentan como definitivas; su descubrimiento resulta ser el producto de una búsqueda salpicada de dudas, contramarchas, dialéctica y no dogmática; siempre queda abierta a un conocimiento nuevo. Esto es lo que se descubre estudiando la doctrina en los textos originales y no en los manuales. Ser estrictamente fiel a la doctrina de Aristóteles implica continuar su investigación, sin falsear su espíritu codificando sus conclusiones.

2. Es cierto que Aristóteles no tuvo el sentido del “progreso” ni inclinación a las utopías. A cada cual su tarea y la de la filosofía no es la de hacer avanzar la historia ni, menos aún, darnos soluciones jurídicas concretas. “El búho de Minerva no levanta vuelo sino en el crepúsculo”; Aristóteles no es un profeta, su especulación no tenía como objeto la transformación del mundo, sino solamente describirlo y comprenderlo con verdad. Lo asombroso es que sus análisis, al menos en aquello que concierne a la esencia, fuentes y contenido del derecho, guardan una llamativa actualidad. Es verdadero, aunque lamentable, que sobre esta tierra el derecho es distinto de la moral, como así también que el filósofo no es el que construye el derecho, tal como lo soñaba Platón; sino, sobre el supuesto de ciertos conocimientos teóricos, el legislador o el juez; también que no puede separarse demasiado de la

ciencia del derecho natural, ni otorgar a las leyes positivas una autoridad absoluta, etc.

Aristóteles y Platón representan dos concepciones, dos ambiciones diferentes de la filosofía; dos tendencias del espíritu humano: Platón nos ofrece un ideal, las más de las veces inalcanzable pero exultante; esto agrada a los hombres de acción, naturalmente ávidos de mitos y que tienen en mente otras inquietudes distintas de la verdad. Sin mirar tan alto, sin pretender que la filosofía diseñe el cuadro de un derecho ideal, Aristóteles no tiene otro objetivo que el de observar sin prejuicios la realidad, honesta e integralmente; colocándose a distancia de los sistemas unilaterales del idealismo y del falso realismo, supo discernir aquello en que consiste la tarea propia del jurista y el modo de elaboración del derecho. El hecho es que sus análisis habrían de cumplir un enorme papel en la historia del derecho.

LA DOCTRINA DEL DERECHO DE SANTO TOMAS

I.—INTRODUCCION

El tomismo tiene la reputación -salvo entre los tomistas- de ser una doctrina abstracta e intemporal. Este juicio proviene de que la mayor parte de nuestros contemporáneos no han tenido tiempo de leer a Santo Tomás, no obstante lo cual emiten su opinión. Se trata de un juicio falso. Por el contrario, la obra de Santo Tomás se encuentra estrechamente ligada a la vida de su tiempo; no es tanto contemplativa, cuanto militante y de una extraordinaria fecundidad en sus efectos prácticos. En la historia del derecho, ella es el origen de una revolución; aunque las conquistas de éste período que vio nacer a la Europa moderna se hayan perdido en nuestros días, en nuestros días, ellas no dejan de tener para nosotros un gran interés.

1 -LA VIDA DE SANTO TOMAS ²

Sin detenerme en los detalles hagiográficos, retendremos para nuestro propósito que la suya no es una vida tranquila, sino de lucha: debemos liberarnos definitivamente de la falsa imagen de un mundo medieval uniforme y somnoliento en su conformismo. Santo Tomás nació, en 1225, en el seno de una gran familia señorial de tendencia gibelina, es decir, en un medio hostil a la política de la Iglesia. Destinado por su familia a la venerable abadía benedictina de Montecassino, Santo Tomás tomó el hábito de la orden de Santo Domingo, a los quince años y a pesar de una violenta oposición familiar. Esta orden se encontraba próxima a sus orígenes - que datan oficialmente de 1215- y estaba imbuida de un espíritu ardiente y renovador; este espíritu era representativo del que reinaba en los medios urbanos, que las crónicas oponen al de las clases señoriales y rurales³; escandalizaba a los bienpensantes por su pobreza, a los aristócratas locales por su adhesión a Roma y eran el blanco de las calumnias del clero secular. Santo Tomás será el encargado de alegar en favor de los monjes mendicantes, a quienes sus enemigos pretendían privar, entre otras cosas, del derecho de enseñar; este será el tema del más

² L. H. Petitot, *La vida integral de Santo Tomás*, 1930; Y. Chabas, *Prudentissime frere Thomas*; Chesterton, Chenu, etc.

³ ? M. D. Chenu.

polémico de sus escritos: *Contra Dei impugnantes cultum et religionem*. Sin duda, tuvo que defender también su filosofía en el propio interior de su orden.

La suya fue también una vida viajera, no obstante que Santo Tomás ejerció la profesión de universitario: estas dos cualidades no se excluyen entre sí. Comenzados sus estudios en Nápoles, la orden dominicana lo envió a completarlos en París; de allí siguió a su maestro Alberto el Grande a Colonia (1248-1252). Luego de 1252 fue en la Universidad de París bachiller bíblico, bachiller sentenciario - explicó la Biblia y las Sentencias de Pedro Lombardo- y luego doctor en teología. En 1259, el Papa lo llama a la corte en Roma, enviándolo luego a Viterbo a liderar el centro de estudios pontificios. Diez años después, lo envía nuevamente a París, a apaciguar las disputas escolares y, en 1272, a las célebres escuelas de Nápoles, donde el papado se preocupaba por continuar, controlar y cristianizar el gran movimiento intelectual patrocinado por Federico II. Santo Tomás murió en 1274, en camino hacia el Concilio de Lyon. ¡Qué cantidad de jornadas de marcha a través de Europa!.

Por más universitario que fuera, Santo Tomás no fue un extraño a la vida activa de su tiempo: era familiar en la corte de Roma y de Roma recibía las misiones que debía cumplir; el superior de los dominicos le encargó, por razones de apologética, la redacción del *Contra Gentiles*. San Luis lo llamó a su corte para consultarlo; aconsejó al rey de Chipre -"De regimine principum"- y a la duquesa de Brabante -"De regimine judeorum"-.

A pesar de esto, no puede negarse que Santo Tomás fuera un hombre de estudios; no en vano es el patrono de los profesores y de los estudiantes. Poseía un inmenso genio, que deslumbra por su capacidad de trabajo, por el vigor de su memoria, por la extensión gigantesca de su información, por la claridad de su espíritu, por la maestría de su arte dialéctico, por la lúcida desenvoltura con que resuelve las antinomias; pero, sobre todo, por su honestidad. Nadie, salvo quizá su maestro Aristóteles, ha tenido hasta ese punto un amor puro por la verdad; un tal desprecio por el propio brillo, por la originalidad; una tal ausencia de prejuicios. Por vivo que estuviera en él el sentido propio del estudio de las cosas prácticas, Santo Tomás no estuvo "comprometido" nada más que con la verdad trascendente de la fe cristiana; en todo lo demás fue tolerante, supo reconocer aquello que ignoraba, comprender y escuchar a los otros, ya se tratara del árabe Avicena, del judío Maimónides o, sobre todo, del pagano Aristóteles. En estas materias, sostenía que el argumento más débil era el de autoridad (*Suma Teológica*, I, 1, a.8; "locus ab auctoritate est infirmissimus"). En resumen, durante los treinta años de su vida universitaria, luchó por la verdad, sin depender más que de ella; esto es lo más claro de su vida y un ejemplo noble y -lamentablemente- pasado de moda. Por lo demás, sabemos que Santo Tomás fue un gran místico y el poeta de la Eucaristía y que al fin de su vida, luego de un éxtasis, declaró que toda su obra no era sino un "montón de paja".

2 -PRINCIPALES OBRAS⁴

La abundancia y la variedad de las obras de Santo Tomás es una prueba de la solidez de su información doctrinal y de la continuidad metódica de su reflexión:

1- En primer lugar están los comentarios. Es realmente notable que Santo Tomás haya leído -y más que leído, glosado y asimilado- las obras más diversas: la Biblia, Jeremías, los Salmos, el Libro de Job, Isaías, el Evangelio de San Juan, una parte de las epístolas de San Pablo; Boecio, Dionisio Areopagita y -siguiendo el ejemplo de Alberto el Grande- numerosas obras de Aristóteles. Anotemos sobre todo su Comentario a la Etica Nicomaquea, minuciosa y profundamente estudiada (1270-1271) y la primera parte del Comentario a la Política -hasta el libro III, cap. 6-, terminado por Pedro de Auvernia.

2- Las monografías. Existen, sobre diversos temas, conjuntos de "cuestiones", ya que Santo Tomás, adoptando los métodos estrictos de su tiempo, practicó el método escolástico de la "quaestio", en el que sobresalió notablemente; sobre todo en las Cuestiones quodlibetales, libre ejercicio de improvisación, que suman doce y de las cuales varias se refieren a nuestro tema; además de quinientas diez cuestiones disputadas, varias de ellas sobre las virtudes.

Además, existe una gran cantidad de tratados diversos: de filosofía, de teología, de actualidad religiosa o de política, de entre los cuales nos interesa el "de regimine principum" o "De regno", del que sólo los primeros capítulos -hasta el libro II, cap. 5- son de Santo Tomás. (Ed. latina de Mathis, 1948. Ed. bilingüe de Roguet, 1931).

3º.- Las grandes síntesis. Pero, más allá de su paciencia en la exégesis y de su habilidad dialéctica, el genio de Santo Tomás tiene su culminación en su potencia de síntesis. En razón de que la verdad reside en la ausencia de contradicciones, y una vez resueltas las cuestiones particulares, el Aquinate tomó de punta a punta sus cuestiones, las confrontó y las reunió en un orden lógico completo, a los fines de evidenciar la armonía de todas sus soluciones. Estas grandes síntesis se fueron sucediendo hasta llegar a tres:

a) El Comentario sobre las Sentencias, obra de juventud (1253-1257), en la que Santo Tomás se atuvo en gran parte al plan de Pedro Lombardo, siendo, no

⁴ Cf. M. D. Chenu, *Introduction a l'étude de Saint Thomas d'Aquin*, 2º edic., 1954

obstante, una doctrina ya totalmente suya. El Comentario sobre las Sentencias fue muy analizado en las escuelas de la Edad Media, en virtud a su observancia del plan escolar tradicional.

b) La Suma contra gentiles, de alrededor de 1265; Raimundo de Peñafort, general de los dominicos, se la habría solicitado como instrumento en la controversia apologética. Era la época en que, encontrándose la Iglesia en cruzada contra el Islam, algunos pretendían sustituir la predicación y la discusión racional, que suponía en el apologeta una fuerte cultura filosófica; por estos motivos es que se explica el desarrollo de los estudios profanos en la orden de Santo Domingo. Pero en la obra de Santo Tomás se trataba, sobre todo, de combatir a las doctrinas extendidas en París, en el ámbito de las artes, luego de la introducción masiva de los autores árabes y paganos.

c) Por último, la Suma Teológica, compuesta entre 1266 y 1274 y que es la culminación triunfal de toda una vida de investigaciones y reflexión. Es hoy la obra más leída, pero a la que no se puede dar una mirada en algunas horas o algunos días; se trata de una enorme enciclopedia en la que "todas las cosas" son examinadas desde el punto de vista de Dios, "omnia sub ratione Dei". Se trata de un nuevo plan de exposición, inspirado en las grandes síntesis neo-platónicas: parte de Dios, desciende de Dios a su creación, a la naturaleza del mundo y del hombre tal como han sido creados (Primapars); luego dirige su mirada hacia la vida presente del hombre, tendiendo naturalmente a su retorno a Dios: estudia los actos humanos y sus principios, las leyes, las virtudes, el pecado (Prima secundae); luego las virtudes y las vicios en particular (Secunda secundae). La tercera y última parte (Tertia) trata de los socorros sobrenaturales que aportan a este proceso del hombre a Dios, Cristo y la Iglesia cristiana: la encarnación, la redención, la vida sacramental. Santo Tomás no terminó esta tercera parte: los editores la han completado con un Suplemento, tomado del Comentario a las Sentencias, en la que encontraremos, especialmente, el derecho matrimonial.

En el interior de este bosque que es la producción de Santo Tomás, ¿dónde encontraremos su enseñanza sobre el derecho?. Aparte de sus comentarios a la Etica y a la Política" que nos ayudan a descubrir el origen de su pensamiento, algunos pasajes del "Comentario a las Sentencias de Pedro Lombardo" y del opúsculo "De regno", la mayor parte de los autores se dedican a examinar dos partes o, como dicen los teólogos tomistas dos tratados de la Suma Teológica.

- El primero es el Tratado de las leyes, que se ubica casi al fin de la primera sección de la segunda parte (Ia-IIae., qu. 90 a 109), en la que Santo Tomás estudia las reglas que deben gobernar la conducta humana: ley eterna, ley natural, ley humana y divina revelada. Se encontrará un gran número de ediciones bilingües y de traducciones francesas, sobre todo la de la "Revue des Jeunes", o la de Journet,

aunque habría que desconfiar de las traducciones, mucho más difíciles de comprender que el original.

- El segundo es el Tratado de la justicia, en la Secunda Secundae, donde la Suma Teológica trata de las virtudes y de los vicios, en particular la Cuestión 57, "De jure", donde está explicada la definición del derecho de Santo Tomás, en un pasaje que los teólogos tienen tendencia a dejar de lado y la cuestión 58, "De iustitia". Les siguen una serie de cuestiones sobre los pecados contra la justicia, en los que el Santo explica, en forma concreta y detallada, toda una serie de problemas jurídicos particulares: la propiedad, los contratos, el robo, la usura, el procedimiento, los diferentes delitos, etc.; ello hasta la cuestión 122. Puede leerse el comienzo de este tratado en la edición bilingüe de la "Revue des Jeunes".

Estas son, en realidad, las fuentes esenciales. Pero lo que es necesario agregar, es que circunscribirse a estos textos -lo que será la tentación normal de los juristas, aunque los supongamos de buena voluntad- significa condenarse a no comprender lo que es más bello en la doctrina jurídica de Santo Tomás: su coherencia, su inserción en el conjunto de una visión del mundo. Es necesario leer la Suma toda completa; se encontrará, dispersa a lo largo de la obra, una gran cantidad de cuestiones interesantes para el derecho, como por ejemplo en la 1a. qu. 96 y sigs., importantes consideraciones sobre la propiedad, el matrimonio, la esclavitud, la potestad pública; o en Ia.-IIae., toda una teoría del pecado, que constituye una teoría general de los delitos y del derecho penal (qu. 71 a 87); o, en medio del estudio de la ley hebrea, un tratado sobre el mejor régimen constitucional (qu. 105, a.1), del mismo modo que una exposición de conjunto sobre la ciencia del derecho (qu. 104, a. 4); y en IIa. IIae., las cuestiones sobre la guerra (qu. 40), la sedición (qu. 42), el diezmo (qu. 87), el juramento (qu. 89), la obediencia (qu. 104), la veracidad en los contratos (qu. 109 y 110), los oficios y los estados (qu. 183), etc. En el complemento, el derecho matrimonial (qu. 41 a 68), e inclusive la penitencia (qu. 1 y sigs.). Pero estas referencias no son lo más importante; y si fuera necesario escoger alguna, recomendaría preferentemente la teoría del conocimiento (Ia. qu. 84 y sigs.), del gobierno divino del mundo (Ia qu. 103 y sigs.), de los fines de la actividad humana (Ia-IIae. qu. 1 y sigs.), de las relaciones de la justicia con la caridad (IIa.-IIae. qu. 23 y sigs.), de la prudencia (IIa-IIae. qu. 47 y sigs.) y de los fines últimos (Complemento), etc., etc. Aquí está el fundamento filosófico y teológico de la doctrina del derecho natural, la llave del sistema, y la revelación de su prodigiosa coherencia. Llegamos de este modo a la conclusión de que hay 7.153 páginas para leer, en la edición latina de Blot y solo en la Suma Teológica, sin tomar en cuenta otras obras.-

3.-LA OBRA DE SANTO TOMAS EN SU TIEMPO

No se puede ni soñar con reseñar esta doctrina con toda su riqueza dialéctica, su extensión, su profundidad. Elegiremos poner de relieve aquello que aportó de nuevo, en su tiempo, al mundo jurídico.

El mundo de los juristas en el siglo XIII, permanecía aún bajo la influencia del agustinismo; el derecho canónico reclamaba, al menos en principio, una competencia universal; predominaba la idea de que lo verdaderamente justo era sólo lo que surgía del Evangelio. Pero estas ideas agustinianas se habían vuelto fuente de malestar y de mala conciencia, ya que, en la práctica, el derecho cristiano, de origen puramente sacral, había dejado de responder a las necesidades sociales.

Era necesario que una teología y una filosofía nuevas justificasen un cambio en el derecho, ya que no era suficiente el haber vuelto, tal como lo habían hecho los glosadores, a los textos del Corpus juris civilis; para asegurar su puesta en práctica, era necesario establecer y persuadir a los justiciables que esa puesta en práctica era justa, como asimismo que se tomara conciencia del origen pagano de esos textos y que su autoridad no se fundaba sobre supervivencia del imperio de Justiniano. No se trataba tampoco de restituir, en su tenor original, los textos romanos, en razón de que ellos no se adaptaban a las condiciones de la vida medioeval. Era necesaria una adaptación de ellos a un mundo nuevo, tarea que realizaron sobre todo los posglosadores; era necesaria una jurisprudencia y una legislación nuevas; en otras palabras, que más allá del derecho romano, fuera restaurada su fuente viva, la filosofía que en su tiempo fue el fundamento de su autoridad y presidió su nacimiento.

Este me parece ser el principal aporte de Santo Tomás a los juristas, aunque no se reduzca sólo a ello. No se trata en su caso, de una restauración pura y simple del derecho natural aristotélico; la misión que Santo Tomás recibió y aceptó de Roma era la de utilizar a Aristóteles, compatibilizarlo con San Agustín y enriquecer esa filosofía refundiéndola en el crisol de la fe cristiana. Reconstruir una doctrina del derecho natural y superar el derecho natural de la antigüedad greco latina, por su encuentro y fusión con la tradición cristiana; estos serán los dos puntos de nuestro estudio.

No seremos sino insuficientemente ayudados por los estudios contemporáneos de doctrina tomista, por mas que sean muy numerosos: es que la mayoría de ellos han

emanado de teólogos, menos deseosos de establecer el auténtico pensamiento de Santo Tomás que de atribuirle aquello que consideran, hoy en día, que debe ser enseñado; es bien frecuente que ciertos “tomismos”, sostengan lo contrario de Santo Tomás. Además, la mayoría de los teólogos han sido educados en nuestros días -a diferencia de Santo Tomás- con gran ignorancia del derecho; ellos estudian -o creen estudiar- el “derecho natural” en cuanto moralistas, sin darse cuenta de que difiere de la “ley natural”, ni presentir el carácter específico de los problemas jurídicos. Más que las obras de Lachance, Dom Lottin, Olgiati o Di Carlo, en las que corremos el riesgo de perder el tiempo y el buen humor, recomendamos a Graneris, Contributi tomistici allá filosofía del diritto, 1949, que nos parece realizar un sensible progreso por sobre la interpretación corriente. (Ver bibliografía en nuestras Lecciones, pág 43) (N. del T.: De este libro de Graneris existe versión española: “Contribución tomista a la filosofía del derecho”. Trad.: Celina A. Lértora Mendoza, prólogo de Federico Torres Lacroze, ed. E.U.D.E.B.A., Bs. As., 1973).

II. DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL

La doctrina del derecho natural tomista ha jugado un papel tan importante en la historia, que sería verdaderamente imperdonable que los juristas la ignoraran; como este es el caso de la gran mayoría, insistiremos sobre ella con cierta extensión. Pero ante todo, es necesario prevenir que posee una cualidad desconcertante para un historiador habituado a los autores modernos: la de ser poco original.

Santo Tomás no tenía el gusto por la originalidad; sería el primer sorprendido y alarmado si se le atribuyera una doctrina personal del derecho natural. Los hábitos escolares del siglo XIII no son los nuestros; hoy en día se agrega a las doctrinas el nombre de sus creadores: hay una filosofía kantiana, una filosofía hegeliana, una filosofía sartriana; los filósofos ponen su firma como en las creaciones artísticas. En el siglo XIII, las obras eran en su mayoría anónimas y Santo Tomás no hubiera permitido que se hablara de una filosofía tomista; cómo no hubiera admitido que se hiciera profesión de obediencia hacia “una” filosofía aristotélica o “una” de San Agustín. Sus únicos maestros eran las cosas; ellas eran el único libro acerca del cual se esforzaba por comprender su significado. Pero cuando trata de traducir un libro, es un buen método hacerme ayudar por todas las traducciones anteriores, la de Platón, de Aristóteles y de San Agustín. Santo Tomás no pretendió ser otra cosa que un, profesor y que su obra no fuera otra cosa que la colección de las opiniones de los antiguos recogidas por la tradición, tal como lo era el Decreto de Graciano, aunque su obra logró concordarlas mejor que Graciano. No tuvo la vanidad de identificar su nombre con el de una filosofía nueva: prefirió simplemente la filosofía.

Ahora bien, en materia de derecho natural, Santo Tomás siguió, sobre todo, el sistema Aristotélico. No quiero decir con esto que lo reprodujera idénticamente, en cuyo caso este capítulo resultaría inútil. La doctrina de Santo Tomás es, antes que nada, mucho más orgánica y coherente, ya que asegura sus fundamentos con la ayuda del neo-platonismo, de Cicerón, de Ulpiano, de la Biblia, de San Agustín. Sabemos que no se esclavizó a ninguna escuela, sino que más bien intentó conciliarlas. En conjunto, adoptó acerca del tema del derecho natural el esquema de Aristóteles; podemos por lo tanto, adoptar para ambas doctrinas el mismo orden de exposición.

1.-Génesis del derecho natural

a) Los fundamentos metafísicos: la naturaleza, la ley eterna.

No debe asombrarnos el que Santo Tomás haya adoptado las grandes tesis de la filosofía clásica acerca del orden natural. La idea de que el mundo implica un orden y no es el producto del azar, es un lugar común en Aristóteles, Platón y los estoicos; Santo Tomás la encuentra confirmada por algunos textos del Génesis y por el conjunto del dogma cristiano. En sentido amplio, el derecho natural se encuentra vinculado a la hipótesis teísta, según la cual el mundo es obra inteligente y bienhechora de un Creador, o al menos de un Dios ordenador, tal como el alfarero de Aristóteles; Por el contrario, la negación del derecho natural es el corolario del ateísmo. La idea de naturaleza, en el cuadro de una visión, religiosa del mundo, fue precisada ya por los neo platónicos en sus comentarios al Timeo y sobre todo en la doctrina escolástica de las causas segundas: Dios, causa de todo, se abstiene de obrar en forma directa sobre cada hecho particular, tal como, para economizar trabajo, el impresor deja una parte del mismo al funcionamiento automático y regular de las rotativas. Del mismo modo, el Creador opera por medio de las causas segundas: a cada especie de realidad le da sus leyes naturales, su naturaleza. El fuego se eleva por naturaleza y los cuerpos pesados tienden hacia abajo, salvo el caso del milagro (Cf. S. Th., *De gubernatione rerum*, Ia. qu. 103 y sigs.). De este modo, la doctrina aristotélica del orden natural fue trasplantada por Santo Tomás al pensamiento y la fe cristianos.

En virtud de ello, toda regla—aunque fuera “natural”—procederá de Dios, aunque sea indirectamente: en su clasificación de las leyes, Santo Tomás puso en la base de todo sistema legislativo a la ley eterna, que había tomado de San Agustín: la razón de Dios ordenadora del cosmos (Ia. IIae. qu. 93).

El mundo está lleno de orden: tal como la inteligencia pagana lo había sabido percibir, esta compuesto de géneros, especies e individuos, un poco como si fuera la obra de un coleccionista maníático. Pero dentro de este conjunto, cada ente o género de entes tiene su propio orden, que regula sus movimientos específicos; ello, porque el universo de Santo Tomás, tal como el de Aristóteles, es un universo

dinámico, donde lo esencial es el movimiento, el paso de la potencia al acto. Los movimientos de los entes obedecen, cada uno, a las leyes de su naturaleza, que los impulsan hacia un fin determinado : la plenitud de su ser. Los animales siguen este orden instintivamente: así es como el instinto impulsa al animal hacia el acto sexual y este acto sirve a un fin: la conservación de la especie.

En el caso del hombre, sus movimientos siguen también en forma instintiva las leyes de su naturaleza, en cuanto participa del género animal. Pero por su diferencia específica debe obedecerlas racionalmente, es decir, con libertad: el hombre tiene el privilegio de poder desviarse del orden natural. De aquí porqué, tratándose del hombre, el conocimiento de su naturaleza presenta un interés práctico: resultando un postulado que el bien, para el hombre, consiste en seguir a su naturaleza, del estudio de la naturaleza humana resulta la constitución de una moral. Ella es la moral natural de la antigüedad, que Santo Tomás encontró codificada en Aristóteles, pero, sobre todo, en las doctrinas de los estoicos y en el *"De officiis"* de Cicerón, que es una de sus fuentes principales. Cicerón había escrutado la naturaleza humana comparándola metódicamente con la naturaleza animal; estudió las "inclinaciones" y los fines naturales del hombre (De officiis, Y, 4 y sigs.) y de este estudio extrajo una ética. Moral sustancial y llena de deberes precisos; deberes para con la ciudad, la familia, los padres, los amigos, los extranjeros, uno mismo; ello en virtud de que el hombre es de naturaleza social, racional, familiar, etc. ...; reglamentación de la vida sexual, etc. ... Moral enormemente rica, que prescribe los diversos deberes para los diversos "estados" de la vida: edades, condiciones sociales, ya que cada una de ellas posee su orden específico. Moral que Europa adoptó y bajo la cual hemos vivido; los servicios por ella prestados pueden evaluarse a través de su crisis contemporánea: los héroes de nuestro cine se han liberado de esta moral tradicional, lo que los conduce generalmente, al final de la película, al crimen, al suicidio, o a una frustración de altas cualidades estéticas. Santo Tomás fue uno de los artesanos del renacimiento de esta época; hizo suya la idea de naturaleza, de los fines a los que están naturalmente ordenados los actos humanos (Ia. IIae. qu. 1 y sigs.); retoma deliberadamente, por cuenta de la teología cristiana, la idea del orden natural para elaborar la nómina de sus virtudes (no teologales, sino "morales") y precisar su contenido sobre todo el de la justicia, es decir, el derecho natural.

b) El conocimiento de la naturaleza y la elaboración del derecho.

Nos queda por saber por qué vía y hasta qué punto podemos conocer la naturaleza; sería necesario consultar aquí la teoría general del conocimiento de la

Suma Teológica (Ia. qu. 79, 84 y sigs.), como asimismo la aplicación que hace de ella Santo Tomás a las cuestiones de moral y derecho (Ia. IIae. qu. 94; IIa, IIae. qu. 57 y sigs.).

Una vez más veremos a Santo Tomás aceptar resueltamente el aristotelismo, confrontándolo e integrándolo con la tradición cristiana. Quienes no somos inteligencias puras, sino compuestos de alma y cuerpo, modelados sobre una materia, obtenemos todos nuestros conocimientos por intermedio de los sentidos; de donde resulta que para Santo Tomás, como para Aristóteles, el método del derecho natural partirá de la observación de los hechos y se tratará de un método experimental. No hay en el hombre ciencia infusa, ni -normalmente- acceso directo a las ideas divinas, ni siquiera en el estado de inocencia (Ia. qu. 101 a 1); la tendencia de Santo Tomás es de no fiarse -en estas materias- de la iluminación mística o de la ilusión platónica de la reminiscencia, del idealismo. Esto tiene dos consecuencias: ante todo, los resultados de una investigación acerca del derecho natural, llevada de este modo, tienen todas las posibilidades de resultar realistas: harán justicia a las tendencias del hombre tal cual es, con su necesidad de alimentación, de vida sexual, de gusto de las madres por sus bebés, de su inclinación al ocio. Por otra parte, estando en función de la extensión siempre restringida de nuestra experiencia, nuestros conocimientos serán siempre provisorios, parciales e imperfectos. Volveremos luego sobre este tema.

Pero sigamos adelante: los sentidos por sí solos no pueden hacernos conocer sino cosas particulares, no "nuestra naturaleza". Es necesario que exista en nosotros una potencia abstractiva; por ella, las sustancias primeras, los individuos, nos harán aprender progresivamente las sustancias segundas, los géneros, las especies, el orden estático del universo; y más allá de los movimientos particulares, captar las "inclinaciones" generales del hombre o de una clase de hombres; más allá de tal o cual deseo, los fines en función de cuales se organizan naturalmente los actos humanos; el orden dinámico de la vida; más allá de los hechos, las naturalezas. Es de este modo que la inteligencia -según esta filosofía clásica del derecho natural- alcanza el conocimiento del derecho. Ello, porque el orden que está en la naturaleza, es lo que la ciencia aprehende, eliminando el desorden. Nuestro intelecto, subdividido en "especulativo" y "práctico", no es sino una sola "potencia" con dos funciones distintas (Ia. qu. 79 a 11) y conocer la esencia de una cosa, será al mismo tiempo conocer su fin. El ser de una realidad que persigue la inteligencia especulativa, es su deber ser, su bien: "ens et bonum convertuntur". La esencia del hombre, en cuanto a su cuerpo, no es la de un tuerto, de un cojo o un inválido; antes bien, la que corresponde al modelo griego. La esencia de una ciudad, no es la que corresponde a la Francia de 1962.

Por lo tanto, investigar -a partir de la experiencia- la naturaleza y fines de los hombres y de los grupos sociales, es la vía de la ciencia del derecho natural. Es la doctrina de Aristóteles, nuevamente confirmada por Santo Tomás con los datos de la Escritura: el Génesis, los Salmos, San Pablo, nos describen a Dios difundiendo sobre

los hombres, formados a su imagen, algo de su “luz”, inscribiendo en el alma de cada hombre algunos principios muy generales que lo guíen en su búsqueda: esta es la fuente de esa “potencia” que reside en el espíritu humano. Por otra parte, el hombre posee -inclusive en su conducta cotidiana- y en forma intuitiva, sin recurrir al conocimiento teórico, la capacidad de discernir el bien y el mal. Pero dejemos a los teólogos los análisis de la conciencia, de la “sinderesis”, e inclusive de la ley natural, en tanto que esta expresión, según la tradición paulina, designa la regla moral: todos ellos temas de la mayor importancia, pero que los teólogos deberían comprender que no conciernen a los juristas: la ley moral no es el derecho. Aunque la intuición y prudencia tengan un papel considerable en el arte de la legislación y en la práctica judicial (IIa. IIae. qu. 50), son otros los procedimientos de la ciencia del derecho natural: es necesario pasar por el canal de la teoría, del estudio de las naturalezas y de los fines.

Todo esto resulta muy difícil; por ello, será más simple observar a Santo Tomás ponerlo en práctica, ya que él investigó, en los más diversos sectores, el contenido del derecho natural. Escojamos el derecho matrimonial, del que trata el Suplemento de la Suma, donde se encuentra reproducido el texto del Comentario a las Sentencias. (cf. Fuchs Die Sexualethik des heiligen Thomas v. Aquin, 1949)

Santo Tomás trata de establecer que el matrimonio (qu. 41), la monogamia (qu. 65 y sigs.), la perpetuidad del matrimonio (qu. 67), son naturales; o también que derecho natural exige que el matrimonio sea consensual (qu. 15 y sigs.) y prohibido entre los parientes próximos (qu. 54 y sigs.), etc... Por el momento sólo nos interesa el método, la forma de argumentación. Ella no es del todo original: Santo Tomás ha retomado, para llegar a esos resultados, la antropología de Aristóteles y de los estoicos: el *De officiis* es, sin duda, su fuente principal. Por ejemplo, cuando compara la naturaleza del hombre con la de los demás animales: se observa que una unión pasajera del macho y de la hembra, que debería prolongarse, en el caso de ciertos pájaros, durante una estación, es suficiente para asegurar la perpetuación de la especie. Otra cosa ocurre en las sociedades humanas y respecto al mismo fin de perpetuación de la especie; ello en razón de que el niño, a la vez que físicamente más débil que los pequeños animales y llamado por su naturaleza a un desarrollo más complejo, necesita de una educación de su cuerpo y de su espíritu: como consecuencia, le es necesario un medio familiar durable; tanto más durable cuanto que ese grupo debe satisfacer, además, las necesidades de la vida material. El hombre para acceder a la vida del espíritu tiene necesidad de ciertos recursos estables y estos recursos necesitan de una economía; es necesario que las familias “atesoren para sus hijos”, les den todo lo necesario para una vida libre, ... Luego la naturaleza, que quiere el bien de la especie humana, no puede ser favorable al divorcio y si lo practican algunas sociedades paganas, ello debe ser considerado como una desviación del orden natural (qu. 67 y 41). Por un razonamiento de este tipo es que son descartados el incesto, la poligamia, los esponsales convenidos antes del uso de la razón, etc..

En el fondo, este método es muy simple: parte de la observación de las costumbres, de las inclinaciones naturales, supuestas naturalmente buenas, pero trata de descubrir, entre las costumbres que resultan naturales, las desviaciones, reconocibles por sus resultados negativos, por sus fracasos, por su incapacidad para servir a ese orden, a esa relación razonable de los actos al fin, que percibimos, por el contrario, en otros casos. Es un método del buen sentido que solo podemos perjudicar si tratamos de analizarlo en forma abstracta.

Utilizado por Santo Tomás, se llega con él a resultados sustanciales. No deja nunca de ser de utilidad el comprender los peligros que el incesto o el divorcio presentan para los niños y la sociedad. Es cierto que estas verdades carecen de novedad, como tampoco son

originales las soluciones de Santo Tomás sobre la propiedad privada (IIa. IIae. qu. 66 a. 2), la compraventa (ibíd. qu. 77), la jerarquía, la servidumbre (ibíd. qu. 104), o el mejor régimen político (Ia. IIae. qu. 105 a 1). La mayor parte de las veces, retoman las conclusiones de Aristóteles, Cicerón o del derecho romano. Pero sirvieron para restituir a los juristas europeos los resultados de la ciencia pagana, al mismo tiempo que la filosofía de la que eran la puesta en práctica.

2.—Los límites del derecho natural. Teoría de la ley positiva

ACERCA DE LA INSUFICIENCIA DEL DERECHO NATURAL.

Llegados a este punto, un positivista no perdería la oportunidad de hacer notar que si esas son las conclusiones de la ciencia del derecho natural, son decididamente pobres; y sin duda el mismo Santo Tomás lo hubiera aceptado. Pero precisamente el mérito que nos ha seducido en el derecho natural de Aristóteles es su moderación, y su discípulo Santo Tomás fue demasiado inteligente como para no seguirla hasta el fin, contrariamente a la escuela moderna del derecho natural.

Resulta imposible que a través de un método experimental, fundado sobre la observación de experiencias particulares, se llegue a resultados absolutos y definitivos. Aristóteles lo sabía, él que insistía tanto en la dependencia del espíritu respecto a los datos sensibles. En lo que a Santo Tomás respecta, no estaba menos convencido de la imperfección de toda ciencia humana; el hombre no se conoce a sí mismo (Ia. qu. 87); no conoce la naturaleza sino por sus efectos, de modo indirecto y muy incompleto. A esto debe agregarse, para un cristiano, la debilidad de la razón después del pecado; pensando en los textos bíblicos que podrían ser arrojados al debate, ellos son suficientes para alejar a Santo Tomás de toda tentación de racionalismo.

Más específicamente, Aristóteles había reconocido la imposibilidad de una “ciencia” del derecho natural: siendo el hombre libre, las situaciones a regular son cambiantes y lo justo también lo es; no puede introducírselo en teoremas fijos. Santo Tomás respetó esta elección sobre la esencial movilidad de las cosas humanas (Ia. qu. 16 a. 5 y 8; qu. 86 a. 1 y sigs.; qu. 87 y 88); en lo que a él respecta, Montesquieu no aportó tanto como se lo imagina acerca de la relatividad del derecho.

¿Santo Tomás creyó posible, como tantos tomistas modernos, constituir, en nombre del derecho natural un código de reglas permanentes? Aunque la mayor parte de los interpretes parecen creerlo así, los textos dicen lo contrario. Se objeta que Santo Tomás afirma la existencia de una ley natural inmutable (Ia. Iiae. qu. 94 a. 3). Pero la noción de ley natural es bastante más amplia que la de derecho; no se trata en este texto de ninguna regla jurídica: luego, ¿de qué regla se trata?. De la fórmula “debe hacerse el bien y evitarse el mal”; ella es precisamente uno de esos principios depositados en nosotros por la inteligencia divina y es inmutable. Pero es puramente formal; desde el momento en que se pasa a las conclusiones, a las soluciones jurídicas concretas, se penetra en el terreno de la contingencia. Ninguna regla jurídica es absolutamente necesaria: y Santo Tomás retoma aquí el clásico ejemplo del depósito de un arma efectuado por un loco (Ia. IIae. qu. 94 a. 2. 4 y 5). Agrega además otros ejemplos extraídos del Antiguo Testamento, de costumbres de los antiguos patriarcas que no se ajustaban a nuestras reglas: desde el punto de vista del derecho natural, no podría condenarse con certeza ni el divorcio, ni menos aún la poligamia (Suplemento, qu. 65); si sobre estos puntos, Santo Tomás llega a conclusiones absolutas, ello no será sobre el fundamento de la ciencia del derecho natural sino por la intervención del Evangelio; volveremos sobre este tema.

Pero, como veremos, Santo Tomás distinguió minuciosamente el derecho del resto de la moral: los “*praecepta judicialia*” de los “*praecepta moralia*”. Tratando acerca del derecho en la IIa. Iiae. qu. 57 a. 2, no vacila en afirmar que el derecho natural es mudable, en virtud de que nuestra misma naturaleza es mudable: “*natura omnis est mutabilis*”. Y, usando la misma fórmula, habla también de la necesaria mutabilidad de las leyes humanas que son normalmente la expresión del derecho natural (Ia. Iiae. qu. 97 a. 1, 3 y 4).

No existe ninguna contradicción, en un lenguaje en el que el nombre derecho sigue designando a lo justo, como entre los griegos y los romanos, en hablar de un derecho natural que es cambiante, en otras palabras -según la lección de la filosofía clásica-, informulable, no susceptible de encuadrarse en reglas rígidas (cf. nuestro artículo Una definición del Derecho, en A.P.D, 1959, pág. 47). ¿Pero si nuestra búsqueda de lo justo según la naturaleza, no llega nunca a fórmulas rígidas y precisas, qué es lo que tiene de positivo el derecho natural? ¿Para qué sirve esta ciencia incierta?. Solamente para esto, lo que importa mucho: para darnos directivas de carácter muy general, flexibles, imprecisas, y provisorias, salvo aquellas confirmadas por las Escrituras. Esta ciencia concluye que, a falta de algo

mejor, el juez debe contentarse con estas directivas inciertas: así, en caso de silencio de la ley positiva escrita, o en el del derecho internacional (el derecho de gentes estuvo destinado a ser el campo de pruebas de la ciencia del derecho natural y serán los dominicos españoles, fieles discípulos de Santo Tomás, quienes lo llevarán a su culminación en el siglo XVI). Pero, normalmente y en un estado, este primer momento del arte del derecho que consiste en el estudio de lo justo por naturaleza, necesitará, como lo afirmaba Aristóteles, del complemento de las leyes positivas.

III. TEORIA DE LAS LEYES POSITIVAS

Aunque esto no sea bien conocido⁵, diremos que ley positiva ocupa un lugar preponderante en la doctrina tomista del derecho natural. Deja a la ley positiva la parte del león en su teoría general de las leyes (Ia. IIae. qu. 90) y consagra una vasta exposición a la ley humana (qu. 99); como, por otra parte, al derecho positivo (IIa. IIae. qu. 57 a. 2). El término mismo “positivus” (que ha sido puesto, según el sentido ordinario del sufijo “ivus”, como en el caso de “captivus”, “votivus”, etc.) debe una gran parte de su importancia en el lenguaje jurídico moderno a Santo Tomás, que lo extrajo de las traducciones latinas de Aristóteles, como ya lo había comenzado a hacer la escolástica anterior.⁶.

Luego Santo Tomás va a repetir, aproximadamente, la lección de Aristóteles, en los puntos siguientes:

a) En lo que respecta a la necesidad de las leyes positivas humanas: la ley no es solamente, como en Isidoro de Sevilla o el Decreto de Graciano, necesaria a causa del pecado, como remedio a los vicios del hombre en su estado de corrupción; por el contrario, para el aquinate, ella es una necesidad de la misma naturaleza del hombre, sociable y naturalmente destinado al orden político (qu. 90 a. 3; qu. 95 a. 1). Necesaria inclusive en lo que ella aporta de “preceptivo”, en la medida en que crea nuevas obligaciones y no en cuanto es meramente represiva o permisiva: en este punto la lección de Papiniano (S. 1.3.1.) ha permitido la corrección del texto de Isidoro y Graciano (qu. 90 a. 3; 92 a. 2; 95 a. 1). (Cf. Gagner, pág. 194 y sigs. y 269 y sigs.).

⁵Cf. Sten Gagner, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, 1960, pág. 179 y sigs., y Cotta, *Il concetto di legge nella Summa Theologica di S. T.*, 1955

⁶ Sobre este punto, las investigaciones minuciosas de Sten gagner, pág. 207 y sigs.

b) Sobre el origen de la ley, que procederá de la autoridad, presente por naturaleza en todo grupo político humano “Et ideo condere legem vel pertinet ad totam multitudinem vel ad personam publicam quae totius multitudinis curam habet” (qu. 90 a. 3). Según de qué régimen político se trate, la ley tendrá por autor a un monarca, a una élite de ricos o de sabios, al pueblo reunido o, preferentemente, una combinación de estas fuentes (cuestión 95 a. 4); su fuerza radica, en la práctica, en la aceptación popular: “leges habent maximam virtutem ex consuetudine, ut Aristóteles dixit” (qu. 97 a. 2).

c) Acerca de la continuidad del derecho positivo humano en relación con el derecho natural. El trabajo de legislar es concebido como una prolongación del estudio de lo justo natural y toda ley humana deriva de la ley natural: sea por vía de “conclusión”, o sea de la aplicación a las circunstancias históricas de los preceptos extraídos de la naturaleza; sea de “determinación”, o adición a los datos genéricos de la ciencia del derecho natural, pero dentro de sus cuadros y para servir a los fines de la naturaleza (qu. 95 a. 2). De este modo, el derecho es a la vez fruto de la razón y de la voluntad: de la razón, en la medida que deriva de la ciencia de la naturaleza; y de la voluntad humana, en tanto que la potestad legislativa le agrega fijeza, forma escrita rígida y precisión. Concluyendo: en virtud de la imprecisión de la ciencia del derecho natural, entra en nuestras instituciones una gran parte de elemento arbitrario; no nos equivocamos al afirmar que nuestro derecho es en gran parte positivo.

d) Sobre los caracteres de la ley humana positiva, la que debe ser no solamente justa, dictada para el bien común, en vistas al fin natural del pueblo para el que ha sido elaborada y no para el provecho particular del legislador (qu. 90 a. 2); también debe adaptarse tiempo y de lugar, ya que debe ser la expresión de lo justo natural en las circunstancias cambiantes. Aquí Santo Tomás siguió a la célebre definición de Isidoro de Sevilla (qu. 95 a 3).

e) Finalmente, acerca de la autoridad de la ley humana positiva nuevamente Santo Tomás sigue la doctrina de Aristóteles, de la que debemos admirar el realismo y su maravilloso equilibrio. La ley humana teniendo sus raíces en la naturaleza, debe -en principio- ser obedecida; su preceptos obligan en conciencia (qu. 96 a. 4) ya que ella es fuente de lo justo; justo que, al menos en parte, tiene origen en la voluntad del hombre (“jus positivum”; IIa. IIae. qu. 57 a. 2). No obstante, su autoridad no es nunca sino condicional; la ley no es tal, no merece este nombre, como lo enseña toda la tradición clásica, si renuncia a su oficio de expresión, de realización de lo justo; si deja de cumplir esta función corresponde que los jueces la dejen de lado (qu. 96 a 6; IIa. IIae. qu. 121, etc.). (Cf. Compendio del derecho natural clásico, en nuestras lecciones, pág. 140).

Con esto no hemos aprendido nada nuevo; prácticamente todos estos análisis se encuentran ya en Aristóteles y Santo Tomás se cuidó de mutilar o agregar algo a esa descripción verídica. Pero, en su tiempo, significó una reconquista.

Establecer los títulos, reconstruir el método de una jurisprudencia laica; de un mismo golpe, ratificar el necesario recurso a los textos romanos; y, más allá del derecho romano, fundar -sobre el derecho natural-, el apogeo de una nueva doctrina, capaz de adaptar el derecho romano a las condiciones modernas de vida.

Más tarde, armonizar las libertades crecientes con el derecho romano, ya que hasta fines del Antiguo Régimen, la doctrina retendrá el primer lugar en la elaboración del derecho...

Pero sobre todo, el aporte de Santo Tomás fue dar a los juristas el sentido de la función legislativa. Aplastado por la majestad de la ley eterna divina, el Medioevo agustinista tendió a menospreciar las leyes humanas; extrajo las leyes de la Escritura promulgada de una vez y para siempre, de la tradición y las costumbres; Graciano no dejó ningún lugar para la función creadora del legislador. Por el contrario, y en virtud de que la doctrina clásica de lo justo por naturaleza lo concebía como incompleto, flexible y cambiante, es que Santo Tomás restauró la ley. Es bajo la influencia del tomismo que Bonifacio VIII, a fines del siglo XIII, propone un nuevo análisis de las decretales pontificias y reivindica el poder de establecer leyes "creadoras" de un nuevo derecho. La transformación radical y durable de las colecciones tradicionales del antiguo derecho canónico en un sistema legislativo, debido a la iniciativa de Roma, toma de aquí su razón de ser y fundamento doctrinal. Más adelante aparecerán las ordenanzas de los soberanos laicos y la enorme floración de leyes de la Europa moderna. Es inmenso el servicio rendido por la filosofía tomista a la historia del derecho.

(Cf. Sten Gagner, ob. cit., pág. 341 y sigs.).

No creo que la lectura de la Suma Teológica haya dejado de ser recomendable: es su detalle, de una riqueza inexpressable, el que da valor al derecho y el resumen que acabamos de hacer ha sacrificado lo más hermoso: el drama de las discusiones dialécticas, el viviente y perspicaz esfuerzo hacia la solución verdadera. En cuanto al fondo, podemos extraer nosotros de su lectura el mismo provecho que la Edad Media. Nuestros juristas ignoran a Aristóteles tanto como los agustinistas del siglo XI; y la filosofía clásica del derecho natural ha caído de nuevo en el olvido, relegada por la competencia de otras doctrinas distintas del agustinismo y por situaciones diferentes a la barbarie del Medioevo. Pobre en vuelo imaginativo, no puede decirse que ella no posea la más alta dosis de verdad. A este propósito citaré solamente la frase de Ihering, el célebre positivista del siglo XIX, que consagró tantas páginas para demostrar que el derecho debe tender y tiende necesariamente a los fines de la especie humana, hasta que un lector le puso en aviso sobre la existencia de la Suma Teológica. Ihering leyó la Suma y le respondió: "Me pregunto sorprendido cómo ha sido posible que tales verdades, luego de haber sido alguna vez tratadas, han podido caer, en nuestra ciencia protestante, totalmente en el olvido. ¡Cuántos desvaríos podía haber ahorrado este saber, si se lo hubiese tomado seriamente en cuenta! Por mi parte, no hubiese quizá escrito mi libro si lo hubiese conocido".

¡Extraordinaria reacción Ihering era de la misma clase que Santo Tomás, un universitario honesto .(Zweck im Recht, II, 162, pág. 126).

IV.—LOS APORTES DE LA FE CRISTIANA

He descuidado hasta ahora las fuentes religiosas, aunque ellas ocupan el lugar más importante en las exposiciones dialécticas de la Suma Teológica, cualquiera sea el tema tratado. Pero sucede que al núcleo de la doctrina del derecho natural, ellas no aportan ninguna adición sustancial: se encuentran presentes en toda la argumentación tomista, pero únicamente para confirmar las soluciones de Aristóteles y de Cicerón. De este modo, el Génesis viene a confirmar la noción de orden natural; la visión cristiana del mundo y la posición intermedia del hombre en la creación, entre los ángeles y las cosas, viene a confirmar los límites de nuestra inteligencia; los precedentes de la historia judía, la mutabilidad de lo justo y la necesidad de las leyes.

Por lo tanto, ¿no hay nada más que esto para extraer de las fuentes cristianas para la elaboración del derecho?; ¿el cristianismo no habrá aportado al arte jurídico nada más que el salvoconducto a las doctrinas de la antigüedad greco-romana? ¿No hay en la revelación cristiana, en el dogma cristiano, una fuente suplementaria del conocimiento de lo justo, susceptible de superar, enriquecer o corregir el contenido del derecho natural antiguo? Nosotros expusimos esta cuestión en Estrasburgo, hace tres años, en un coloquio cuyas actas han sido publicadas (La revelation chretienne et le droit, Dalloz, 1961). Se trata de un problema candente, renovado por el resurgimiento de ciertas formas ambiciosas de catolicismo social. Pero además, en el mundo de nuestros días, desborda el círculo de los juristas considerados cristianos, ya que se trata del mismo tipo de relaciones que podría establecerse entre el derecho y, por una parte, la perfección evangélica. y, por la otra, los ídolos modernos, herederos degenerados del Evangelio: la “humanidad”, el “progreso”, la “persona humana”.

Sostuve personalmente, en el mencionado coloquio de Estrasburgo, contra ciertos cristianos sociales que pretendían traer a Santo Tomás en apoyo de sus doctrinas, una tesis muy unilateral (Sobre la laicidad del derecho según Santo Tomás, reproducido en nuestras Lecciones, 1962, pág. 203 y sigs. La agregamos a este volumen para completar mejor los estudios del autor sobre el pensamiento tomista. (Nota del editor.). Quisiera proceder ahora a un examen más completo: ¿cuál es el papel que tienen, en el derecho natural tomista, las fuentes cristianas? Recabaremos a Santo Tomás, en primer lugar, su respuesta teórica y luego la que se inscribe en los resultados prácticos de su enseñanza.

A—Los principios: la teoría general del conocimiento

No es del estilo de Santo Tomás el dejar en la sombra, como lo hacen los activistas modernos, las dificultades teóricas de la doctrina social cristiana; a plena luz, Santo Tomás desgrana el problema de los roles respectivos de la fe y la razón natural en la búsqueda de la verdad; en su tratado general del conocimiento, da la respuesta y luego, específicamente, la reitera en lo que respecta a la búsqueda de lo justo y del derecho.

1º- En lo que hace á su posición general, es conocida la tendencia personal de Santo Tomás a otorgar confianza a la razón natural, a rehabilitar la razón. Es en este punto que se opone al agustinismo y propone una visión menos sombría que la de San Agustín acerca de los poderes de nuestra inteligencia en su situación presente. La discusión versa, sobre todo, sobre el problema teológico de las consecuencias del pecado: San Agustín tenía la tendencia, como más tarde la tendrá Lutero, a subrayar la corrupción de la naturaleza humana luego de la caída original. Para Santo Tomás nuestra naturaleza está solamente enferma, debilitada por el pecado de Adán y Eva, pero no destruida. El viajero que bajaba de Jerusalén a Jericó -es decir, según la exégesis simbólica del Medioevo, del estado primigenio de perfección al de corrupción- es su imagen en el Evangelio: está solamente enfermo y, ayudado por el Samaritano, es susceptible de recuperar sus fuerzas; no ha dejado nunca de conservar los principios de la vida (Ia. IIae. qu. 85 a. 1).

La razón que el hombre ha recibido con su naturaleza y que poseen también los paganos, sigue siendo veraz. Y Santo Tomás no tuvo mayor problema para compatibilizar este optimismo con el principio de San Agustín de que toda verdad viene de Dios; ello sin duda, pero no sólo por el camino de la "iluminación" mística, de la Revelación y de la Gracia; también por intermedio de las "causas segundas", de la "naturaleza", de la que participan asimismo los paganos (Ia. IIae. qu. 109 a. 1). La gran audacia de la teología de Santo Tomás consiste en, sin recelar de la fe, decir "sí" a la inteligencia, a Aristóteles, a Cicerón y al derecho romano.

2º- No significa esto que Santo Tomás desestime la autoridad de las Sagradas Escrituras. Su papel es doble:

a) Ante todo, las fuentes sobrenaturales son las únicas capaces de darnos a conocer lo que se encuentra más allá de nuestra naturaleza: Dios mismo, los ángeles, los misterios de la fe cristiana y de nuestra salvación. (Ver, por ejemplo, sobre el conocimiento de Dios: Ia. qu. 88).

b) Más todavía, la Revelación divina puede asistir a nuestra inteligencia debilitada -así como el buen samaritano asistió al viajero herido-, aún en aquellas materias accesibles a nuestro conocimiento natural. Ella no hará sino confirmar las

verdades racionales, a las que ya habían tenido acceso, por la razón, los sabios paganos. Del mismo modo sucedió en la historia judía: Dios socorrió a su pueblo elegido, incluso en algunos aspectos de su vida temporal. La mayor parte de los Proverbios se encuentra, más o menos idénticamente, en la sabiduría pagana.

EL CONOCIMIENTO DE LA JUSTICIA

La misma enseñanza lúcida será repetida por Santo Tomás, en el Tratado de las leyes, a propósito de las ciencias morales, dentro de las cuales encuentra el derecho sus soluciones específicas.

1º- La mayor novedad del tratado, en relación al agustinismo, es la gran extensión acordada a las fuentes profanas del conocimiento. Santo Tomás comienza por presentar brevemente la ley eterna, causa suprema de todo origen y de la que todos derivan; pero de la cual, por ser la razón trascendente de Dios, no podemos tener un conocimiento cierto. Inmediatamente pasa a tratar de la ley natural, ya que ella constituye, para el hombre, la primera fuente de su moral; ahora bien, la ley natural existe -perdóñesele la perogrullada- por naturaleza y por su propia definición es accesible a los paganos, del mismo modo que a los fieles a la fe cristiana. A continuación, el tratado de Santo Tomás sigue con una larga exposición sobre la ley humana, que es expresión y prolongación de la ley natural y que depende evidentemente de la razón profana (Ia. IIae. qu. 94 a 97).

Santo Tomás puso en una sola línea—y en esto radica su sello personal—las fuentes profanas de la moral. Y si se trata especialmente del derecho, ya hemos dicho que Santo Tomás retornó a las estrictas nociones de Aristóteles: la justicia en sentido específico, es aquella virtud que tiene por objeto el reparto de lo que corresponde a cada uno en el cuerpo social; el derecho es el objeto de la justicia (IIa. IIae. qu. 57 y sigs.). Ahora bien, existe un derecho natural y un derecho de gentes—“jus gentium”—que proceden de la ley natural; en cuanto al derecho positivo, pareciera que deriva, ordinariamente, de la ley humana. Las fuentes profanas intervienen en la elaboración del derecho y Santo Tomás elegirá como autoridades principales, con las que debatirá las cuestiones jurídicas, a los autores paganos: Aristóteles, Cicerón, Ulpiano.

2º- El Tratado de las leyes menciona también las fuentes cristianas, bajo la forma de las dos leyes divinas, “antigua” y “nueva”; de las que solo el Antiguo y Nuevo Testamento, pueden hacernos conocer su contenido (Ia. IIae. qu. 98 y sigs.). ¿Cuál es el papel representado por estas leyes en la moral y el derecho?

a) El cometido propio de las fuentes reveladas es el hacernos conocer las realidades sobrenaturales: el objeto propio de la ley divina es el de instruernos en lo

atinente a la salvación, de conducirnos más allá de los bienes temporales, que el hombre puede en principio perseguir por su propia naturaleza, hacia el fin de la beatitud eterna, a la que nuestra naturaleza no tiene acceso por sí misma, “quae excedet proportionem naturalis facultatis hominis” (Ia. IIae. qu. 91 a. 4).

Por consiguiente, pareciera que la ley divina no tiene relación alguna con el derecho; en todo caso, pareciera que ello es así en cuanto a la ley nueva, la propia de los cristianos. Ciertamente el Evangelio es la fuente eminente de nuestra moral, o mejor dicho, de la sobremoral: aquella de las virtudes teologales y del reino de los cielos. Esto no significa que Santo Tomás reniegue de la ley de Cristo, a la que apeló San Agustín para sustituir a las leyes de la justicia pagana; pero, más preciso y metódico que San Agustín, reconocerá mejor la esfera de aplicación que le es propia: la enseñanza del Evangelio no concierne al orden temporal y a los repartos de bienes terrenales que son la materia del derecho. El Evangelio no incluye reglas jurídicas, “judicialia” (qu. 108 a. 3); y debemos ponernos en guardia acerca de que la ley nueva no es del tipo de las que los juristas llaman “ley”. Normalmente, no está “escrita”, sino que es más bien un espíritu, una gracia, la caridad; procede sobre todo por “consejos” antes que por “preceptos” precisos; no se refiere a los comportamientos externos (qu. 106 a. 1; qu. 107 a. 1; qu. 108 a. 1 y 4, etc.). Es ella la regla de los religiosos, de aquellos que han optado libremente por la vida sobrenatural, por un estado de perfección (IIa. IIae. qu. 186 y sigs.); pero para la masa, que se contenta con vivir según la naturaleza, no es ella ese criterio objetivo ni esa regla del reparto de los bienes que llamamos derecho.

Distinción firme y, para los juristas, altamente instructiva: no se trata de confundir, tal como tenía a hacerlo el agustinismo y es la tentación de nuestros cristianos sociales, el reino de los cielos y el derecho; de hacer uso de los consejos de perfección evangélica a contrasentido, contra nuestro prójimo y el orden público, transportándolos indebidamente al oficio de jueces terrenales, o sea, al reparto de los bienes materiales en vistas a un orden provisorio. Hoy en día, este parece ser el deleite de la prensa cristiana: juzgar, “condenar” las riquezas, las violencias, las dominaciones de los demás, en nombre de los preceptos evangélicos absolutos de la pobreza, la caridad y la no violencia; pero no hace sino juzgar mal y en favor de otras violencias y otras dominaciones, ya que siempre existen violencias, riquezas y desigualdades sociales en el orden temporal; el problema es el de arbitrar entre ellas. Por lo tanto, una vez claramente distinguidas las esferas de lo temporal y de lo espiritual, Santo Tomás concede una cierta fecundidad jurídica a la ley nueva: es que existe un derecho de la vida espiritual; algunas reglas en el Evangelio, se refieren a la conducta cristiana en vistas a la salvación, el matrimonio, los sacramentos, la jerarquía eclesiástica (qu. 106 a. 1; qu. 108 a. 1); existe un derecho positivo divino, que será sobre todo el derecho de la Iglesia en cuanto concierne a la vida religiosa. Dentro de estos límites, el derecho canónico estará fundado en la Escritura. Además, existen interferencias entre el orden temporal y el del reino de los cielos; Santo Tomás no duda respecto a que la vida temporal debe estar subordinada al interés de nuestra salvación; existen también, aunque

excepcionalmente, cuestiones mixtas. Primera brecha, que puede resultar importante, en el principio de la laicidad del derecho; ya evaluaremos sus efectos prácticos.

b) El segundo oficio, en verdad secundario y ocasional, de la revelación, es el de confirmar las verdades accesibles, en principio, al conocimiento natural. Tal es el caso de cuando Dios asistió a su pueblo, aún en los asuntos temporales, en la historia judía; la ley antigua decía Santo Tomás, organizaba su orden terrestre, “ordinabat ad bonum sensibile et terrenum” (qu. 91 a. 5). Si bien no existe derecho en el Evangelio, no puede ignorarse que en el Antiguo Testamento es rico en preceptos jurídicos. Esta fue, ya lo hemos visto, la tentación del agustinismo jurídico, de suplir las insuficiencias del Evangelio en materia jurídica apelando a las leyes Judías, a la consagración, al diezmo, a la interdicción de la usura, etc. ¿Es bajo este título que podremos reintroducir las fuentes sacrales del cristianismo en el derecho? Una vez más la respuesta de la Suma Teológica aparece negativa. El derecho judío era excelente, divinamente justo, para el pueblo judío; sigue siendo un modelo; pero no está más en vigor en el mundo cristiano. Una de las grandes tesis de la doctrina tomista del derecho natural, es la de la mutabilidad del derecho; las instituciones judías no se adaptan al pueblo cristiano no tienen más fuerza obligatoria; en su exposición teórica, Santo Tomás rechaza abiertamente el recurso de los Juristas a las leyes judías, al menos en la medida en que son jurídicas, “judicialia” (qu. 108 a. 3).

La solución no es diferente para los preceptos llamados morales o “moralia”: por ejemplo aquellos del Decálogo o los que pueden encontrarse en los profetas o en los libros sapienciales. Cristo no los ha abolido (qu. 100 a. 1). Sin duda que estos preceptos llamados “morales”, no contienen nada que no sea accesible a la razón pagana: el contenido del Decálogo -en asuntos de moral- está ya en la sabiduría griega; los paganos sabían que no se debía robar ni cometer adulterio; aquí el papel de la revelación fue solamente confirmatoria. Si la doctrina social cristiana está extraída sólo de esta fuente, no tiene nada de original (qu. 99 a. 4; qu. 100 a. 1, 2 y 11; IIa. IIae. qu. 56 a. 1). Por otra parte, debemos recordar que las reglas morales no son las reglas Jurídicas: aquellas no dicen nada acerca del reparto de lo que corresponde a cada uno, del “suum cuique”. Les falta ese criterio objetivo, esa “determinación” precisa que realiza el precepto jurídico, “praeceptum judiciale (qu. 100 a. 8; qu. 99 a. 4; etc.): “no robaras” no me indica nada acerca de los límites de las propiedades, que son objeto del arte jurídico.

Pero los preceptos morales pueden, al menos, servir de marco, de guía, de pretil, al trabajo de elaboración de los preceptos de derecho, dejado decididamente al hombre, al humano arbitrio (qu. 108 a. 3), bajo el régimen del cristianismo. Deberemos averiguar, pues, cuáles efectos se derivan, en la práctica, de este segundo título de inserción de la teología en el derecho.

B - Las aplicaciones

Llegamos al fin al contenido de la doctrina social tomista, de la que deberemos limitarnos a efectuar un breve resumen. ¿Es ella solamente la reproducción del saber de los autores paganos, o la influencia del cristianismo permitió superar los resultados de la ciencia del derecho natural de la Antigüedad?.

1º- La Mayoría de las conclusiones de la Suma Teológica parecen ser estrictamente fieles a las de la ciencia antigua del derecho natural. Y Santo Tomás argumenta con las mismas razones que la filosofía pagana y adopta -en estas cuestiones- como autoridades principales a Aristóteles y el derecho romano. La principal contribución de Santo Tomás al derecho medieval, consiste en la ayuda prestada al renacimiento de las instituciones antiguas. Por filosófica que sea y solamente relativa a los fundamentos teóricos de las instituciones, esta contribución está bien lejos de ser despreciable. En lo que hace al derecho público, la filosofía de Santo Tomás preparó la reconquista de la autonomía del estado frente a la Iglesia, restaurando una teoría profana de la soberanía. Sin lugar a dudas, Santo Tomás no se atrevió a rectificar el derecho canónico de su tiempo, que sometía a los reyes al papa; será Juan de París, su discípulo, sucesor en el colegio de la calle St. Jaques y defensor de su doctrina, quien echará abajo la doctrina del poder directo, partiendo de su teología. (De potestate regia et papali (1303), ed. Leclercq, 1942). Pero el mismo Santo Tomás enseñó la existencia de la soberanía en beneficio de los infieles lo que no puede hacerse sin contradecir el derecho canónico de la cruzada (IIa. IIae. qu. 10 a. 10); también que en materia temporal, vale más obedecer al rey que al Papa (IIa. IIae. qu. 60 a. 6 ad. 3; qu. 104 a. 5 y 6). Los reyes existen no por la consagración ni por el querer de la Iglesia, sino por el solo derecho natural. Más profunda y más radical todavía, es la reconstrucción de las bases de la economía: la autoridad, la dominación política, la sujeción, la jerarquía, se justifican en cuanto naturales, conformes al plan de la naturaleza, seria doctrina de Aristóteles y no como un simple remedio histórico a los pecados de los hombres. El hombre es un animal político, naturalmente destinado a vivir en jerarquía dentro de un grupo organizado. La Iglesia Cristiana misma se encuentra justificada al organizarse aún el modelo del imperio romano, con la contribución de los legistas, bajo la dominación del Papa. Marsilio y Guillermo de Occam se negarán a aplicar Papa estas tesis aristotélicas, pero las conservaran en favor del emperador.

Santo Tomás reprodujo la lección de Aristóteles sobre el régimen mixto (Ia. IIae. qu. 105 a. 1), salvo cuando prefiere a otras autoridades paganas en favor de la monarquía (De regno, I, 1, cap. 2 y sigs.). En lo que hace al derecho privado, luchó —con la ayuda de Aristóteles y del derecho romano— por el retorno al “dominium”, a la propiedad privada, “potestas procurandi et dispensandi”; y, tal como lo afirman los dominicos modernos, no alega aquí las tradiciones comunitarias de la Iglesia sino para relegarlas al terreno de la moral. para colocarlas fuera del derecho (IIa. IIae. qu. 66 a. 2). Reproduce, descartando de la discusión a los textos de la Sagrada Escritura, la teoría aristotélica de la usura (IIa. IIae. qu. 78 a. 1); la de la venta y de

los contratos; la lista de los delitos romanos (Cf. J. M. Aubert, *Le droit romain dans l'oeuvre de Saint Thomas*, París, 1955.), etc. Este retorno a las soluciones antiguas, que respondía a las necesidades de las ciudades y estados del siglo XIII, es históricamente esencial. 2º- Esto no impide que, ocasionalmente, se siga también la inspiración de la Sagrada Escritura y de la fe.

a) Aunque el orden de la naturaleza haya reconquistado con Santo Tomás su autonomía, es decir, que el arte jurídico, como distinto de la teología, retome su existencia separada, queda el hecho de que los fines naturales de la sociedad se encuentran subordinados a la salvación, que es sobrenatural. Y hemos dicho que la marcha de la Iglesia hacia la salvación tiene sus reglas, su derecho interno, que corre el riesgo de interferir en el derecho del estado; cuando se presenten las cuestiones mixtas, es el interés espiritual el que debe prevalecer.

Esto entraña una serie de consecuencias prácticas que aparecen en definitiva como de mucha importancia, ya sea en forma próxima o remota. Por más consciente que estuviera de la autonomía de la autoridad política, acabamos de ver que Santo Tomás no se opuso al derecho canónico de su tiempo que subordinaba, en el mundo cristiano, los reyes a la Iglesia; en una cuestión *quod liberal* llegó a hacer de los reyes “vasallos de la Iglesia” (*Quod. 12 qu. 13 a. 9*). Lo que sucede es que en el mundo cristiano, la jerarquía que en otros tiempos subordinaba el sacerdote a la ciudad, fue invertida (*De regno*, I, 14); ocasionalmente, el rey secular debía poner su brazo al servicio de la fe cristiana y colaborar con la represión de la herejía (*IIa. IIae. qu. 11 a. 3*). El pueblo cristiano debe rehusar obediencia, bajo el juicio de la Iglesia, al príncipe hereje, cismático o ex comulgado (*IIa. IIae. qu. 12 a. 2*).

En la cristiandad, la caballería se enroló en las cruzadas; las clases económicas trabajaban para que una parte de sus cosechas sirviera a la subsistencia de los monjes y al esplendor de la liturgia; el diezmo debía ser entregado a los sacerdotes (*IIa. IIae. qu. 87*). Existían también interferencias de lo espiritual en el derecho privado: aquí también existían las cuestiones mixtas, como el matrimonio. Y es que el matrimonio cumple, además de su función natural de la propagación de la especie, una función sobrenatural: es el sacramento de la unión de Cristo y de la Iglesia y debe servir al aumento de la caridad; por ello es que Santo Tomás pronuncia la interdicción total del divorcio, la poligamia y el incesto (*Suplemento; qu. 67, 65, 54, etc.*). Otro ejemplo es el de la esclavitud: Santo Tomás retomó la doctrina aristotélica que justifica la esclavitud por el derecho natural; pero el cristianismo aporta aquí una derogación del poder del amo, el que no debe interferir en la vida sacramental del esclavo. Es por esto que el “*servus*” cristiano debe ser liberado del poder de un amo infiel (*IIa. IIae. 10 a. 10*); y debe asegurársele la libertad de matrimonio (*Ia. IIae. qu. 105 a. 4; Suplemento, qu. 52*). “*Non tenentur nec servi dominis nec filii parentibus obedire de matrimonio contrahendo vel virginitate servanda aut aliquo alio hujus modi*” (*IIa. IIae. qu. 104 a. 5*).

Del mismo modo, Santo Tomás encuentra justo que la educación sea sustraída al control de la ciudad para ser confiada a la Iglesia, como es el caso de las escuelas universitarias de su tiempo, contrariamente a la doctrina de los filósofos de la antigüedad. Todos estos ejemplos parecen pertenecer a un período conflictivo de la historia de Europa, al régimen teocrático de la cristiandad medieval; en realidad, están llenos de consecuencias para el futuro. Aquí se encuentra el origen de las libertades individuales del derecho europeo moderno. Que el individuo, parcialmente, escapa al control del estado; que, si no su cuerpo, su alma es libre en virtud de su ordenación a un fin superior al estado terrenal; "meus quidem est sui juris" (IIa. IIae. qu. 104 a. 5). He aquí lo que se opone a la filosofía política de Platón y de Aristóteles, si bien no de los estoicos: la cita que acabamos de leer fue extraída de Séneca. He aquí el aporte del cristianismo, que la síntesis maravillosamente amplia y prudente de Santo Tomás no ha dejado de registrar. Y de aquí surgirán un día, cuando la Iglesia Católica sea despojada de su poder, nuestra libertad de conciencia, nuestra libertad de opinión, nuestras libertades individuales.

En una determinada esfera, la espiritual, y contra la doctrina de Aristóteles, o mejor dicho, más allá de esta doctrina, Santo Tomás descubrió aquello que nosotros llamamos los derechos del individuo. Superpuesta a la naturaleza genérica, del hombre, existe en cada individuo una naturaleza, una vocación propia (Ia. qu. 14 a. 11; qu. 15 a. 3 ad. 4; IIa. IIae. qu. 64 a. 2 ad. 3; *Contra gentiles*, III, 113, etc.); y la "persona" es aquello más perfecto que existe en la naturaleza (Ia. qu. 29, a. 3). El individuo puede ser parte de la ciudad, en tanto que ciudadano y su interés en cuanto tal debe subordinarse al del todo. Pero en una parte de su ser, en su vocación sobrenatural, en su alma, sobrepasa a la ciudad y los intereses de su alma están más allá del bien colectivo del grupo. El sistema jurídico tomista no es la reproducción del sistema jurídico antiguo; lleva en germen el derecho moderno, porque la experiencia cristiana lo ha dotado de una nueva dimensión. (Cf. Kulz, *Individuum und Gemeinschaft beim heil Th. v. A.*, 1932; Graneris, *Op. Cit.*, Cap. VIII).

b) El segundo fundamento de la intervención de la teología en el derecho, se funda en la existencia de principios morales en la Biblia. Estos principios contenidos, sobre todo, en el Antiguo Testamento, no nos revelan nada que nuestra razón no pueda conocer; pero nos instruyen sobre el contenido del orden natural con una certeza perfecta, que nunca podría pretender nuestra razón falible.

Resulta sorprendente la abundancia de citas del decálogo en la parte jurídica de la Suma. Los "preceptos de justicia" estudiados en la IIa. IIae. qu. 122, son los del Decálogo. Pero de los "moralia" no se desprende, ya lo hemos dicho, nada de propiamente Jurídico; nada que pueda servir de criterio al reparto de los bienes, honores y competencias. Es más sorprendente aún, constatar que Santo Tomás ha recurrido, contra las reglas del método, a los "judicialia" del derecho judío en el Tratado de las Leyes. El Aquinate gusta confirmar las tesis de la filosofía antigua por su acuerdo con el Antiguo Testamento: por ejemplo, las soluciones

constitucionales de Aristóteles favorables al régimen mixto, por lo que nos dice la Escritura sobre la constitución de Israel (Ia. IIae. qu. 105).

La consecuencia es que las soluciones se ven afectadas de una cierta rigidez, una seguridad, una certeza que faltaban en el derecho natural de Aristóteles: la Biblia confirma las tesis sobre la justicia de la esclavitud, la inferioridad de la mujer y la potestad marital, la estabilidad del matrimonio o la prohibición del incesto, de tal forma que las conclusiones aparecen como definitivas. Esto debería desvirtuar el mérito que habíamos atribuido a Santo Tomás de haber comprendido el método aristotélico y de haberlo seguido, incluso en se moderación.

Pero esta crítica podría reposar sobre un contrasentido: es un error leer la Suma, como la Ciudad de Dios, con mentalidad de juristas. Ya sea que se trate de la propiedad, de la usura, del mejor régimen político, el verdadero propósito de Santo Tomás no es jurídico. Algunas veces se ha expresado con menosprecio por los juristas; la facultad de teología podía permitirse desdeñar a la de derecho. Santo Tomás rechaza, como escapando al dominio de la teología, las cuestiones de derecho positivo (Quod. 9). Y, probablemente, cuando nota la concordancia del derecho romano con la ley Judía, lo que le interesa es aportar un argumento más en apoyo de su tesis teológica del acuerdo de la razón con la fe. Cuando sus conclusiones nos parecen faltas de flexibilidad, recordemos que no escribía en vistas a la práctica; que su intención personal no era la de escribir un código. No corresponde al filósofo el hacerse legislador.

Si en los resultados prácticos se encuentran estas fallas, estas conclusiones demasiado apresuradas o discutibles, es que hacia aquí no se dirigió su esfuerzo. El verdadero pensamiento de Santa Tomás sobre las fuentes del derecho y la grandeza de su doctrina, la debemos buscar, ante todo en sus exposiciones teóricas.

V.- CONCLUSION

Terminamos el curso de este año sobre la doctrina de Santo Tomás: ella ha servido bien a las necesidades de la sociedad de su tiempo resucitando el método y las fuentes del derecho antiguo. En pleno acuerdo con la política de la Santa Sede, les inyecta las riquezas extraídas de la experiencia cristiana. Maravillosamente equilibrada, es laica pero no laicista: Santo Tomás reconstruyó los fundamentos de un orden temporal autónomo, de la justicia del orden jurídico, necesaria para el vigor del arte del derecho, que San Agustín dejó perder, pero todo ello sin sacrificar los fines espirituales del hombre.

Aunque no soy partidario de la idolatría del progreso, esta doctrina me parece un adelanto sobre la de Aristóteles y la de San Agustín. Y como la historia conoce también regresiones y nuestro mundo ha perdido la cultura clásica, no significa perder el tiempo tomar un baño refrescante en las aguas de la Suma Teológica. Y su utilidad no es sólo para los historiadores.

Seguramente, allí no está dicho todo. En la época misma de Santo Tomás, las luchas doctrinales continuaron: el naturalismo de Santo Tomás, su confianza en la inteligencia natural del hombre, su adhesión al derecho natural de los paganos, fueron puestas en discusión y condenadas, por el decreto de 1277, algunas de sus principales tesis. La escolástica franciscana, Escoto, Guillermo de Occam, trato de sustituir su doctrina por una nueva teoría del derecho. Pero como estos autores se separan de la tradición clásica y preparan la filosofía jurídica moderna, los dejaremos para otro estudio.

APENDICE I

DE LA LAICIDAD DEL DERECHO SEGUN SANTO TOMAS⁷

I.-INTRODUCCION

Es ahora a Santo Tomás a quien plantearemos este mismo problema, problema siempre de actualidad, sobre el que es necesario, en primer lugar, definir sus términos.⁸ Una parte de la opinión cristiana, sin duda la más dinámica, parece persuadida de que el cristianismo aporta soluciones de derecho a los conflictos sociales de nuestro tiempo: por ejemplo, en lo que concierne a la segregación racial, la paz, la descolonización, la estructura de la empresa o el estatuto jurídico del mundo obrero. Una parte de la opinión cristiana cree que respecto de este principio, existe acuerdo dentro de la tradición católica. Ningún testimonio en este sentido, le parece más concluyente que el ejemplo de Santo Tomás, que fue el gran inspirador de las encíclicas contemporáneas en materia social: Santo Tomás ha producido una obra “jurídica” de amplitud considerable; ha investigado sobre el mejor régimen político, las condiciones de la justa guerra, las cruzadas, la condición de los infieles, la propiedad, los contratos, el comercio, el justo precio, la usura, el procedimiento, la edad requerida para contraer matrimonio, las condiciones del casamiento, y una multitud de otros problemas jurídicos. Y esta doctrina jurídica se inserta (en su mayor parte) en una Suma Teológica; puede decirse que la misma se deriva del dogma revelado.

Me propongo rebatir estas creencias comunes. De ningún modo podría poner en duda el hecho de que numerosos desarrollos de Santo Tomás relativos al derecho estén inspirados en la Sagrada Escritura o en sus comentarios patrísticos. Y si por doctrina social deberían entenderse solamente, consideraciones anexas, adyacentes al derecho, sobre el fin, sobre las condiciones de la actividad jurídica, el pecado que hace necesaria la coacción de la ley humana, la vocación a la salvación de cada ser humano, que la ley deberá respetar, entonces esta doctrina social procede de la Revelación. Nada escapa, por otro lado, totalmente, a la esfera de la teología. Todo

⁷Extraído de: “*Lençons d’histoire de la philosophie du droit*” Ed. Dalloz, París, 1962. Traducción: Silvia De Nápoli.

⁸(Comunicación al coloquio de Estrasburgo: Revelación y derecho, nov. 1959.)

está contenido en el plan divino. Sólo que, en nuestro comentario no es suficiente admitir que la fe cristiana desempeña la función de un estimulante misterioso de la inteligencia, aporta al trabajo del jurista el auxilio de una inspiración difusa.

Nuestro tema de discusión, tal como creo debe entenderse, es más estricto, y considero esencial subrayarlo: una vez mas, la mayor parte de las obras llamadas de "doctrina social cristiana", y la obra del mismo Santo Tomás, se encuentran conteniendo algo muy distinto que consideraciones extrínsecas o preliminares, al menos en germen, de verdaderas soluciones jurídicas: por ejemplo, que la segregación racial en los Estados Unidos, o el colonialismo, el capitalismo del siglo XX, deberán ser condenados; y respecto de Santo Tomás el préstamo gratuito de dinero, la venta no concluida a justo precio, el casamiento del esclavo sin la autorización de su amo, pero no su ordenación; el esquema al menos, de un sistema de "derecho natural". Entonces ¿en qué consisten las "fuentes" de semejantes proposiciones?

Nuestro debate se refiere únicamente a las denominadas fuentes del derecho, esos principios de solución sin los cuales, el jurista no podría llevar a término sus trabajos. Ya que no le es suficiente conocer los fines últimos y el valor de la persona humana, y el respeto debido al bien común. Le es indispensable buscar una razón de la sentencia que pone fin al juicio, del arbitraje entre esos dos valores—raíz del argumento y mayor— (una vez armada) del silogismo jurídico. Está en búsqueda de criterios que le permitan desempeñar su tarea específica, "suum cuique tribuere", la medida de los derechos de cada uno. ¿Es posible acudir a la Sagrada Escritura para obtener tales criterios, es decir, fundar en algún principio extraído de la Sagrada Escritura tal o cual solución de derecho?

La Suma Teológica responde directamente a esta cuestión en el famoso Tratado de las Leyes (Ia Iae qu. 90 y si.).

Santo Tomás considera allí todas las leyes que deben dirigir la conducta humana e incluso, además las que rigen los movimientos naturales de las cosas, es decir: la ley "eterna"—asimilada a la razón de Dios creador—la ley natural, la ley humana, luego las leyes divinas reveladas en la Antigua y en la Nueva Alianza.

Puede observarse que este tratado excede los problemas del derecho; es en otro lugar de la Suma (IIa. IIae. qu. 57 y ss.) que Santo Tomás ha hablado especialmente del "derecho", todas las "leyes" no son, al contrario, leyes jurídicas, que prescriben el contenido de la justicia; las hay simplemente morales, que prescriben otras virtudes, por ejemplo la caridad, la piedad, la templanza. Pero, precisamente, respecto de cada categoría (ley eterna—natural—, humana o divina), Santo Tomás delimita cuidadosamente su ámbito de aplicación propia; si su función concierne o no a la justicia social y al derecho. Nos resultará también suficiente leer las diez cuestiones consagradas a las dos leyes "divinas", la "ley nueva" y "ley antigua" (qu.

98 a 108), para definir las relaciones que existen, según esta doctrina, entre derecho y revelación cristiana.

II.—LA LEY NUEVA

Comencemos por la “ley nueva”, entendiendo por misma, el mensaje específico del Evangelio por cual nos fueron anunciados nuestros fines últimos sobrenaturales y el reino de la perfección. En este punto, tomaremos el lenguaje de M. Gilson en el dominio propio de lo “revelado”, donde Dios confiere conocimientos superiores a nuestra razón, naturalmente inaccesibles a la razón del hombre. Aquí la razón permanece muda y debe simplemente escuchar la enseñanza autoritaria de una verdad que la supera.

¿La “ley nueva”, comprende principios de derecho? Según el análisis de Santo Tomás, a título accesorio, sólo algunos. O al menos excepcionalmente, se puede inferir del Evangelio un cierto número de reglas escritas (qu. 106 art. 1), precisas, verdaderamente jurídicas y que estatuyen acerca de la conducta exterior del hombre (qu. 108 art. 1). Las mismas prescriben, a título auxiliar, el cumplimiento de ciertos actos, tal como el uso de los sacramentos, que son medios para la salvación o que se desprenden necesariamente de la calidad de cristiano, como la profesión de la fe. Certo tipo de implicancias sociales se derivan de ellas, por ejemplo en lo que concierne a las relaciones entre los esposos, o bien de los fieles entre sí en la Iglesia Cristiana. Dicho de otro modo, en el Evangelio está el fundamento del derecho “canónico”, en tanto que éste concierne a la vida estrictamente religiosa y a la organización de la Iglesia: bautismo, eucaristía, matrimonio, autoridad apostólica ... (Ia IIae. qu. 91 art. 4 resp. “Quia homo ordinatur ad finem beatitudinis aeterna, quae excedit proportionem naturalis facultatis humanae... ideo necessarium fuit ut supra naturalem et humanam dirigeretur etiam ad suum finem lege divinitus data”.).

De este modo, entre el derecho eclesiástico y el derecho del mundo secular, existen interferencias, cuestiones “mixtas”. Así, para que el esclavo participe en el culto, concurra a la misa del domingo, o que su matrimonio sea a imagen de la unión de Cristo y la Iglesia, fue necesario, en nombre del Evangelio (aunque únicamente por estos motivos) retocar el derecho de la esclavitud (Supl. qu. 52 Ia. IIae. qu. 105 art. 4, etc.). Una ley civil que prescribiera prácticas idólatras, debería ser declarada nula (Ia. IIae. qu. 96 art. 4 resp. “Alio modo leges possunt esse injustae per contrarietatem ad bonum divinum sicut leges tyrannorum inducentes ad idolatriam”. En hipótesis semejantes, según la opinión de Santo Tomás, el derecho secular debe ceder frente al derecho eclesiástico, porque toda la vida temporal está ordenada a lo espiritual.

A decir verdad, Santo Tomás sólo regula de este modo las cuestiones mixtas, porque el estado de su tiempo, se define oficialmente como cristiano. Se notará que en nuestros días, para el jurista secular, su solución no es tan simple. El derecho canónico no será ya el “único” factor a considerar, porque hemos cesado ya de vivir en una sociedad que profese colectivamente la fe cristiana, y además, no se podría “imponer” su observancia a los infieles. Hecha esta reserva, mantengamos que en las materias denominadas “mixtas”, donde está comprometida la vida estrictamente religiosa, la ley nueva puede implicar un cierto contenido jurídico.

Pero esta primera serie de observaciones apenas nos sugieren una aproximación a nuestro comentario: buscaremos aquí las fuentes de una doctrina “social”, las fuentes del derecho de la sociedad contemporánea. Según la exposición de Santo Tomás, tratándose de cuestiones seculares, no existe ningún puente, más bien un abismo, entre el derecho y el Evangelio.

El “derecho” se ejerce en el mundo. El derecho concierne a la “naturaleza”, sea primitiva, sea corrupta por la intervención del pecado. Del derecho, Santo Tomás trata en primer término, en la primera parte de la Summa (Ia qu. 92, 96, 98, 100, etc.), en cuanto se refiere al estatuto de la primitiva humanidad antes del pecado de Adán y Eva; luego, en la Ia. IIae., a propósito de las leyes que dirigen en esta vida la conducta humana (Ia. IIae. qu. 90 a 106, etc. “Praecepta legis sunt de actibus humanis” (qu. 92 art. 2 resp.), pero específicamente en el cuadro del estudio sobre la justicia (IIa. IIae. qu. 57 (De jure) a 122 (De praeceptis justitiae) por supuesto esta enumeración no es en modo alguno limitativa), virtud “moral” que (sin desaparecer totalmente en la vida futura), se ejerce “materialmente” sobre la tierra, tiene relación con los actos que el hombre cumple en lo temporal, en el mundo de la “concupiscencia”, de los “repartos” y de las “cobardías”, en la peregrinación terrestre de la vida presente” (Ia. IIae. qu. 67 art. 1 resp. (virtudes morales)... non manent quantum ad id quod est materiale in eis: non enim habebunt in futura vita locum concupiscentiae et delectiones ciborum et veneorum, neque enim timores et audaciae circa pericula mortis; neque etiam distributiones et communicationes rerum qui veniunt in usum praesentis vitae. Sin embargo, contra otras doctrinas. Santo Tomás sostiene la existencia de ciertas relaciones de justicia espontáneamente respetadas en la vida futura.), durante el curso de la cual, el arte de los juristas consiste en disponer, valga lo que valga, albergues, etapas provisorias. Este mundo que ciertamente, “tiende” hacia la perfección futura, debe ser una marcha, un camino que nos conduzca hacia los fines últimos (Ia. IIae. qu. 99 ad sec. “Finis praecepti caritas est: ad hoc enim omnis lex tendit ut amicitiam constituat vel hominum ad invicem vel hominum ad Deum”. Cf. qu. 96 art. 4 ad sec.), pero la realidad es netamente diferente. El papel del legislador sobre la tierra está limitada a la tarea de lograr el bien temporal (Ia. IIae. qu. 98 art. 1 resp. “alius finis legis humanae et aliis legis divinae. Legis humanae finis est temporalis tranquillitas civitatis ... Finis autem legis divinae est perducere hominem ad finem felicitatis aeternae”); el bien terrestre (“terrenum”); esa “beatitud imperfecta” para

la cual son suficientes en principio, nuestros medios solamente “naturales” (la. IIae. qu. 5 art. 5 resp.).

La ley del Evangelio, contrariamente, se ejerce en el reino de los cielos—en la sobrenaturaleza reformada (“mirabilius refomlata”, dice el canon de la misa) y como renovada por Cristo. Es una ley de perfección (lex perfectionis). Su objeto es realizar el amor entre Dios y los hombres; es una ley de caridad (lex calitatis-amoris) (Ia. IIae. qu. 107 art. 1 resp. ad 2 y 3 (lex amoris); qu. 108 art. 1 resp. (lex libertatis), etc. Cf. qu. 91 art. 4 y 5 (bonum ... coeleste ad quod ordinat lex nova ... per amorem). Asimismo, no es en modo alguno, jurídica. Normalmente es no escrita (principaliter non scripta), le es repugnante su expresión en fórmulas de derecho, es en nosotros, la “gracia misma del Espíritu Santo” (lex nova est ipsa gratia Spiritus Sancti) (Tratado de la La Lex Nova Ia. IIae. qu. 106 art. 1 (Utrum lex nova sit lex scripta); no concierne normalmente a los actos exteriores del hombre (Qu. 108 art.1 (lex nova quae est lex amoris dicitur animum cohibere) sino a sus intimas disposiciones; no posee coacción, sino que es una ley de libertad (lex libertatis), ya que sólo se alcanza el amor, espontáneamente (Ibid, qu. 108 art. 1 y 4). Para decirlo todo, no configura “judicialia”, habiendo dejado Dios, desde este momento al arbitrio del hombre (Humano arbitrio), la determinación precisa del orden jurídico (Ia. IIae. qu. 108 art. 1 resp.; qu. 108 art. 24 -in lege nova non traduntur aliqua judicialia praecepta—resp. “quiaistae determinationes non sunt, secundun se, de necessitate interioris gratiae, in qua lex consistit: ideirco non cadum supracepto novae legis, sed reliquuntur humano arbitrio. Judicialia praecepta reliquit Dominus disponenda his qui curam aliorum erant habituri vel spiritualem vel temporalem qu. 108 art. 3 ad 2 y 3--Praeceptae enim judicialia non remanebant e necessitate... sed relinquebatur humano arbitrio. Es verdad que el Evangelio conserva, aunque sin necesidad de repetirlos, los “moralia” del Antiguo Testamento (infra, p. 124).).

Es conveniente entonces, evitar toda confusión entre la ley evangélica, relativa a otro mundo, en verdad, no jurídico, y el orden temporal jurídico. El Evangelio no es aplicable a la regulación provisoria de los quehaceres del siglo: e incluso, no aceptaremos tratarlo como un modelo de legislación terrestre, con el pretexto que la vida temporal es un escalón hacia el reino de los cielos: no es a causa que Nueva Delhi se halla en camino hacia el Himalaya que sea necesario distribuir las ciudades de la llanura del Ganges, como deberían serlo en la cima.

El comportamiento de Santo Tomás se opone al uso habitual de los canonistas de su tiempo. Graciano aludía al Evangelio para regular la guerra, los contratos la vida comercial; no es de este modo como procede Santo Tomás, si nos aproximamos en nuestra observación. Refiriéndose por ejemplo a la usura, introduce, en este lugar el conocido texto de San Lucas (mutuum date nihil inde sperantes) al sólo efecto de descartarlo inmediatamente: ya que este texto no es aplicable al orden temporal, y contiene, en su orden propio, un sentido diverso (IIa. IIae. qu. 78 art. 1). Y yo no creo en modo alguno que haya sido jamás la intención de Santo Tomás desembocar

en el pacifismo, la anarquía, el comunismo, el igualitarismo, en nombre de la perfecta libertad o del sentido comunitario del reino de los cielos. Hay demasiada distancia entre el derecho y el Paraíso, ya durante el primer estado de la naturaleza, antes de la caída, el derecho implicaba numerosas clases de desigualdades sociales (Ia. qu. 47 art 2; qu. 65 art. 2; qu. 96 art. 3; qu. 92, 99,101.). Más aún después del pecado, en el estado de caída en que vivimos y al cual se adapta nuestro derecho, dando cabida entonces a la servidumbre, al derecho de la gleba, la propiedad privada; cambiante, además y relativo a las circunstancias históricas, correctivo que supone el empleo de grotescas normas como remedio a las imperfecciones de la naturaleza corrupta.

Desconfiemos de las soluciones de derecho pretendidamente evangélicas; a pesar que se haya sostenido lo contrario, no sabemos si, sobre esta tierra, el régimen de comunidad es más conforme al Evangelio que la separación de los bienes, la mejor ley, en este aspecto será la que mejor se adapte a los caracteres de la esposa y de los suegros. Y la abolición de la esclavitud (de lo que, por otra parte y por otras razones, soy partidario) no se deduce de la ley nueva: tiene conexión con el Evangelio que el esclavo pueda concurrir a la misa, y que su matrimonio revista seriedad, porque esto es atinente a la salvación. Pero no así, el hecho que se le deba acordar la libertad de trabajo y de movimiento, el derecho a voto, o una situación materialmente menos miserable, porque no nos consta que el disfrute de la libreta necesaria para votar o de un aparato de televisión procure la vida eterna. El Evangelio no ha tratado semejantes temas y no otorga al jurista ninguna solución.

III—LA LEY ANTIGUA

Será entonces mejor dirigir nuestra atención hacia lo que permanece aún en vigor del Antiguo Testamento en el mundo cristiano. La “ley antigua”, dice Santo Tomás, tenía directamente como objetivo el bien terrestre y temporal (ordinabat ad bonum sensibile et terrenum). Del mismo modo, estaba constituida por un buen número de reglas escritas, coactivas, concernientes a los actos exteriores de la conducta humana (qu. 91 art. 5). Santo Tomás clasifica estos preceptos en tres grupos: estaban los preceptos morales (“moralia”), los preceptos ceremoniales (“ceremonialia”), y por ultimo, los preceptos jurídicos propiamente dichos (“judiciarlia”) (qu. 99 art. 2, 3 y 4).

De estos tres grupos, y teniendo en cuenta nuestro objeto, podemos eliminar dos: los preceptos ceremoniales, en principio porque conciernen al culto y no a las relaciones sociales, y también porque a los ojos de la doctrina cristiana, no habiendo tenido en el mundo judío más que una función “figurativa” y preparatoria, a dejaron de estar en vigor con el advenimiento de Cristo (qu. 105 art. 2). Pero lo

mismo puede decirse de los “judicialia”, esos preceptos cuya carencia notamos en la ley nueva, pero que existen profusamente en el Exodus, el Deuteronomio, Números y el Levítico, completados por algunos pasajes de los Libros Históricos, Proféticos o Sapienciales. Tendrán sin lugar a dudas, un lugar muy destacado en los razonamientos de Santo Tomás, en la medida en que nos ofrecen el ejemplo de una legislación modelo, perfectamente adaptada, antaño, al pueblo al que estaba dirigida. Puesto que venía de Dios, era parte de la Revelación divina. Y sin embargo, la doctrina tomista es de una nitidez absoluta: como los preceptos ceremoniales, los “judicialia” han perdido su fuerza obligatoria. “Non judicialia praecepta adhuc obligationem habent. Sunt evacuata per adventum Christi” (qu. 104 art. 3) (cf. qu. 104 art. 2). El talión, la repudiación de la esposa, la Poligamia, son inaceptables en los tiempos cristianos: “oportet leges mutari (ibid)”. Las leyes cambian, un pueblo transformado por el Cristianismo necesita otro ordenamiento.

Sólo quedan, entonces, los preceptos “morales”, contenidos sobre todo en el Decálogo, ilustrados por abundante aplicación particular presente en el Antiguo Testamento, e incluso en el Evangelio. Ya que no podría ocurrir, según Santo Tomás, que el Evangelio haya abolido al menos el conjunto del Decálogo (Los justos, según el Evangelio, sin necesidad de la ley, efectúan espontáneamente las obras de la ley, permanecen sumisos a la ley antigua: Ia. IIae. qu. 96 art. 5 resp.; qu. 107 art. 2, etc.). Jesucristo lo confirma. reenvía al mismo, cuando por ejemplo interpreta según una de las tradiciones judías, la prohibición del adulterio (Ia. Iiae. qu. 108 art. 3 ad. 3 “Praecepta moralia omnino in nova lege remanere debebant”).

Los preceptos del Decálogo, que son los “primeros elementos de la ley” moral (qu. 100 art. 3 (utruum omnia praecepta moralia veteris legis reducantur ad decem praecepta decalogi) ad. 3), van a ocupar un lugar de honor en la exposición que Santo Tomás hará de los “principios de la justicia”. (qu. 100 y sigs.; IIa IIae qu. 122 (de praeceptis justitiae), etc.). Según la enseñanza de San Pablo, conservada en la Iglesia Cristiana, hay identidad de contenido entre la ley natural y el Decálogo. El Decálogo constituye, en efecto, una fuente de conocimiento de la ley natural. ¿Es legítimo de allí, que sea una fuente de derecho?

Es precisamente para fundar el contenido del derecho natural (tantas veces alegado en la Summa de Santo Tomás y en las Encíclicas recientes) que cierta doctrina contemporánea invoca sobre todo, la Escritura; los “principios” de ese derecho, se nos dice, estarían extraídos del dogma cristiano. Contra esta manera de ver las cosas, yo no tengo objeciones “a priori”: la ley natural participa de la razón del Creador; particularmente de esta “ley eterna”, de la que los preceptos revelados son otra irradiación; podría ser que la escritura suministre al creyente alguna luz sobre el orden social natural. Y sin embargo, aun una vez mas, la lectura del Tratado de las Leyes nos da una respuesta negativa: no considero que para Santo Tomás los “moralia” de la ley antigua posean esta fecundidad.

Los “moralia” son de un innegable valor para dirigir la conducta humana, en general (Qu. 99 art. 2 (homines efficiantur boni ... oportuit praecepta legis veteris etiam de actibus virtutum dari), qu. 100 art. 1 (moralia sunt de illis quae secundum se ad bonos mores pertinent). Tienen una utilidad menor para la ciencia del derecho. Y Santo Tomás debe reconocer que poseen una doble insuficiencia frente a las necesidades del arte jurídico; en primer lugar la de ser demasiado vagos con respecto al requerimiento de los juristas, en segundo lugar, no aportándoles nada nuevo ni específico, fuera de lo que ellos podían conocer también por otra vía.

a) La regla “moral” se mueve dentro de una escala de valores muy diversa que la regla “jurídica” (“judicialia”, que dice el derecho). Los preceptos del Decálogo (al menos los de la segunda Tabla, que son los únicos que se refieren al tema) son esencialmente imprecisos; esto conviene a su función de reglas universales de “moral”, indispensables, inmutables, válidas en todo tiempo y en todo lugar (qu. 100 art. 8), pero no podrían de ninguna manera ser suficientes frente a las necesidades del derecho. No nos basta oír: “No robarás”: el jurista pretende saber dónde situar los límites de nuestros campos, los límites de lo tuyo y de lo mío. “Respetá a tu padre y a tu madre” no nos exterioriza el contenido de la patria potestad, ni la mayoría de edad; “no matarás” no nos dice las condiciones de la guerra justa (cf. qu. 100 art. 8 ad. 3).

Una vez mas Santo Tomás sabe; la diferencia de muchos “cristianos sociales”. lo que es el derecho, definición de las relaciones sociales, reparto de bienes entre las personas.

Para que exista una regla de derecho (“judicialia”), es necesario algo más que la indicación vaga que el precepto “moral” nos ofrece. En el orden natural ese otro elemento que Santo Tomás llama una “determinación”, elemento, ya no inmutable sino mutable según las circunstancias. Y esta determinación vanamente la buscaremos, vanamente pretendaremos “deducirla” de “principios” morales; procede de una fuente autónoma.

De aquí se desprende esta primera conclusión: que una doctrina jurídica (de la propiedad, del intercambio, del derecho a trabajar, de la naturaleza de la empresa etc.) en cuanto que merece ese nombre, descarta otros medios que los “naturales” del espíritu humano (Principalmente la razón, no la razón “a priori”, concebida a la manera de Kant, sino operando sobre la experiencia, sobre la observación. Subsidiariamente, la decisión arbitraria del legislador. En la qu. 95 art. 2 el término de determinación designa, en un sentido más restringido, solamente esa decisión creativa de “derecho positivo”. En los textos aquí comentados el término se aplica también y principalmente a las “conclusiones” de la razón, o de la “prudencia”). El hombre llega a ella por la razón y la observación de la naturaleza, “per sua naturalia”. ¿Para qué sirven los preceptos morales? Sin duda, para trazar límites, sumamente amplios, al trabajo del jurista; tendría la virtualidad para hacer condenar un régimen en el que no tuviera cabida alguna la propiedad privada, la

patria potestad; pero no podría inferirse de ella ninguna doctrina “positiva”, propiamente hablando, ningún principio de “derecho”. Entre paréntesis, las grandes encíclicas sociales del papado se nos revelan, precisamente, cuidadosas en respetar esos límites. La encíclica “Quadragesimo Anno” define, según este espíritu, la tarea de la Iglesia. Pío XI reivindica allí el derecho de alta vigilancia, sobre la actividad de los juristas en nombre de la “moral”; pero no deja de reconocer que este orden posee su autonomía; la Iglesia respeta la obra autónoma de los “técnicos”, a los cuales ella no está en condiciones de sustituir y más aún, de los filósofos y juristas que definen los “principios propios” de sus ciencias (Encíclica Quadragesimo Anno (B. Presse), p. 16 y ss. “Ciertamente, no en el ámbito técnico, respecto de los cuales está desprovista de medios apropiados y de competencia … Es con miras a la eterna felicidad, y no a una prosperidad pasajera solamente, que la Iglesia ha recibido la misión de conducir a la humanidad”; e incluso, ella no se reconoce, en modo alguno, el derecho de inmiscuirse sin razón en la conducción de cuestiones temporales … La ciencia económica y la disciplina de las costumbres, detentan, cada una en su esfera, principios propios”… No discuto, sin embargo, que estas encíclicas sean a veces, menos respetuosas de las competencias profanas, que Santo Tomás, a mi entender.). Es posible notar que Pío XI, al igual que León XIII o Pío XII, procede más por “condenaciones” que por afirmaciones positivas. La Iglesia ‘separa’ ciertas doctrinas de la organización temporal, por ser contrarias a las prescripciones muy generales de la moral, en el sentido como lo entiende Santo Tomás más: por ejemplo, el liberalismo extremo o el comunismo. Pero no es función de la Iglesia la de indicar, en nombre de la Escritura, un régimen jurídico cualquiera: ella no posee esa llave.

b) Pero es necesario ir mucho más lejos: hasta esos principios “morales” generales y vagos, a los cuales está suspendido el derecho. Santo Tomás va a invitarnos a extraerlos preferentemente, una vez más, de las fuentes comunes del conocimiento “natural”.

Es que estos principios no nos aportan nada que el jurista no sepa ya, paralelamente, a través de su razón. Afirmación cuya audacia puede sorprendernos, pero que Santo Tomás sostiene en numerosas oportunidades y sin la menor ambigüedad: el contenido del Decálogo (en particular, la segunda Tabla, que es la que aquí nos interesa) es el de la ley natural (qu. 100 art. 1 *Utrum omnia praecepta moralia partineant ad legem naturae*, art. 2 resp. (“*Ex ipso dictamine naturalis rationis efficaciam habent, etiam si nunquam in lege statuuntur*”)) e incluso en la ley natural, esos principios son generales, universales, comunes a todos (“*communia*”) (qu. 99 art 4,), que la razón ya posee espontáneamente y sin esfuerzo (“*modica consideratione*”). Cualquiera, incluso el pueblo, tiene fácilmente conocimiento de ellos (*rationem statim quilibet, etiam popularis, potest de facili etiam videre*) (qu. 100 art. 11; qu. 108 art. 3 ad. 3. IIa IIae qu. 56 art. 1, *cadunt in existimationem omnium, quasi ad naturalem rationem pertinentia*, qu. 122 art. 1 resp.).

En estos puntos, la Revelación no nos ha permitido descubrir nada mas que lo que el pensamiento pagano ya había aprehendido, a través de sus propios medios. Los primeros versículos del Génesis, sobre el orden natural del mundo, no hacen mas que confirmar lo que Platón y Aristóteles ya habían enunciado. Si Dios declara dar al hombre el poder de dominar los animales, las plantas, la materia, ¿los Estoicos habían acaso enseñado otra cosa? E incluso, antes que estos filósofos, que salvaje o que campesino habría dejado de percibirlo? El homicidio, el robo, el adulterio, tal como en el Sinaí, fueron condenados por todos los pueblos, por los chinos, los zulúes, los esquimales. Todo precepto particular de la Antigua Ley coincide, recubre el derecho romano. ¡Con cuánta insistencia Santo Tomás se aboca a la tarea de demostrar la “conveniencia” de todos los preceptos morales del Antiguo Testamento, frente al juicio de nuestra razón! (Utrum convenienter distinguantur, enumerentur, ordinentur, tradentur praecepta decalogi) (Ia. IIae qu. 100 art. 4, 5, 6, 7 y para los praecepta judicialia qu. 105 art. 1, 2, 3, 4, qu. 98 ;Sicut enim doctrina ostenditur esse vera ex hoc quod consonat rationi; ita etiam lex aliqua ostenditur esse bona, ex hoc quod consonati rationi rectae. lex autem vetus rationi consonabat, etc.). De ninguno de ellos se ha escandalizado, en cuanto se asemeja a una tentativa de justificar el texto divino según el criterio de la razón humana. ¿Pero cómo podría poner en duda un adepto de la fe cristiana, que en el ámbito accesible al conocimiento natural la Revelación concuerda con la razón?

Santo Tomás no considera en modo alguno que el Decálogo sea inútil. Era conveniente que fuera promulgado, al menos para las necesidades prácticas de la vida “moral”: ya que en nuestra vida cotidiana a menudo el pecado “oscurece” la inteligencia de lo vulgar; el egoísmo, la concupiscencia, cuando se vuelven habituales (Qu. 98 art. 6 ad primum (de este modo es posible comprender que el Decálogo no haya existido hasta el tiempo de Moisés, sin que esto significara un perjuicio), velan en nosotros todo aquello que una razón libre no hubiera podido dejar de reconocer; entonces, el auxilio de la ley divina, se nos vuelve propicio. En cuanto al jurista, su calidad de hombre relativamente culto pero sobre todo, su situación de árbitro imparcial, lo resguarda normalmente de estos errores; y sin embargo, ¿no vemos nosotros acaso que el legislador o el juez tengan la inteligencia cegada por un interés de clase, o por alguna pasión baja? Para él también, el remedio puede ser saludable. Pero sólo se trata de un remedio (Ia IIae qu. 98 art. 6 resp. (in remedium) qu. 94 art. 6, qu. 100 art. 4 y ss. y art. 11). Los preceptos morales purifican, fortifican, confirman los principios de la razón; no tienen ningún contenido propio. El derecho natural está construido sobre los principios de la razón, principios comunes al cristiano y al infiel, abiertos a todos, existentes en todo espíritu recto, indiscutibles, a los cuales la Escritura no hace otra cosa que aportar una confirmación.

Si se acepta este análisis, es necesario concluir que “no hay doctrina social propia del cristianismo”. Veo los afiches en las paredes de las facultades de derecho católicas, cursos de doctrina social cristiana; ¿por qué cristiana? ¿Poseería el cristiano un derecho distinto que el de los infieles? Nada de eso. No existe un

contenido de derecho, no existe una fuente de derecho que sea específicamente cristiana. La práctica de la Sagrada Escritura puede reconfortar al jurista, estimularlo, proteger en él el ejercicio de la recta razón. El cristianismo sirve de fermento, confirma y socorre a la naturaleza, pero nada quita a la naturaleza. Es necesario que el jurista cristiano trabaje con el mismo método, y a partir de las mismas premisas que el incrédulo, y que funde sus soluciones sobre el mismo tipo de argumentos.

IV.—LAS FUENTES PROFANAS DEL DERECHO: EJEMPLO, LA PROPIEDAD

La afirmación fundamental de la teología tomista es la posibilidad esencial de la razón profana (a pesar de su incapacidad para llegar a conocer las cosas referentes a la salvación) de conocer, por la observación de las cosas, el orden temporal (Ia. IIae. qu. 5 art. 5 res dicendum quod beatitudo imperfecta, quae in hac vita Haberi potest, potest hab homine acquiri per sua naturalia", qu. 108 art. 2 resp., qu. 94 y ss., etc.). La doctrina social tomista está prácticamente elaborada a partir de la "ley natural", común incluso, por definición, al cristiano y al infiel (Ia IIae qu. 94), de la cual la ley humana es la expresión o la prolongación (Ia IIae qu. 95 a 98). Ya se trate del matrimonio, de los contratos, de la propiedad, del derecho público, del derecho penal, en todo esto, predominan las fuentes seculares, lo que proviene de la Revelación, la ley "nueva", la ley "antigua", solo desempeña un papel auxiliar, de sostén. Y podríamos demostrarlo a través del conjunto del tratado, consagrado a la derecho, de la IIa IIae.

Confieso no haberme dejado llevar por el juego, que tanto está de moda, de la estadística; mecánicamente establecida, una estadística en este tema, no tendría ningún sentido. La mayor parte de los textos alegados, poseen una "etiqueta" religiosa: es que la cultura en la Edad Media sólo circulaba a través de los clérigos, era transmitida por los libros de los clérigos. Pero, tal texto de San Isidoro tiene como contenido, el derecho romano, tal otro de San Agustín reproduce el pensamiento de Platón. Lo importante es que las soluciones proceden de un "razonamiento profano", y no del dogma revelado.

Tomemos nuevamente el ejemplo de la usura (Ila. IIae. qu. 78 art. 1): si algunos textos de la Biblia son citados a título de ejemplo, sin que su solución sea seguida, toda la respuesta de Santo Tomás se funda sobre un razonamiento de tipo aristotélico y de carácter profano ("el dinero no es cosa de poca importancia").

Al menos, esto se verifica cada vez que Santo Tomás se ubica en el ámbito del "derecho". Lo que confunde a los intérpretes es que Santo Tomás ha tratado, al menos, tantas veces del derecho, como de la moral no jurídica. Pero estos dos

planos están precisamente “diferenciados”. Tomemos la cuestión 66, artículo 2, sobre la “propiedad” de las cosas. Es muy cierto que Santo Tomás cita en este lugar la Escritura y la patrística, pero justamente, con el fin de evitar la aplicación que de ellas, algunos de sus contemporáneos (e incluso, tal vez Graciano mismo) habían estado tentados de realizar, con respecto al derecho. En efecto, la respuesta descansa, por completo, en esta distinción: Santo Tomás establece en principio, sobre la base de fuentes profanas (Aristóteles), la legitimidad del “derecho” del propietario: poder de disponer de la cosa, según su libre voluntad (“committitur arbitrio unius cuiusque dispensatio propriarum rerum”, art. 7). Pero algo distinto es el deber que la moral cristiana le impone de utilizar esos bienes generosamente, “caritativamente”. He aquí el aporte de las fuentes religiosas: es asignándole un sentido puramente “moral” que Santo Tomás, como un buen intérprete, recurre a la autoridad de San Basilio, San Ambrosio, por cierto versadas en este debate. Ya que el deber de limosna exalta, normalmente, la caridad y no la justicia (IIa. IIae. qu. 32). “Es un deber entregar lo superfluo a los pobres (Lc. XI, 41). Es un deber, no de justicia, sino de caridad cristiana: un deber del que, por ende, no puede perseguirse el cumplimiento por las vías de la justicia humana” (Encíclica Rerum Novarum). Es tan sólo excepcionalmente qu la idea del comunismo natural, basado, además en la tradición estoica y del derecho romano, produce ciertos efectos de derecho (qu. 56, art. 7).

En el mundo feudal, habituado al colectivismo, Santo Tomás, a mi entender, parece favorecer el renacimiento de un derecho muy firme de propiedad, poder de disponer de la cosa de la manera más absoluta, aunque sin duda, de modo diferente a través de sus fundamentos filosóficos, de su extensión, de sus efectos, de la propiedad moderna. No sé si aún en el mundo actual esta tendencia es la más oportuna. Pero es verdaderamente escandaloso que la mayoría de los comentarios de la Summa Teológica, finjan extraer de ella, una teoría del abuso del derecho del propietario, una obligación de usar sus bienes caritativamente. Esto significa mezclar indebidamente el Evangelio y la ciencia del derecho.

V. - CONCLUSION

Santo Tomás ha elaborado una doctrina social porque la Iglesia medieval, frente a la carencia de laicos, debía encargarse por sí misma, de las tareas profanas. Y no creo que esta situación sea privativa de la Edad Media: existiría ciertamente hipocresía en confinar la vida cristiana detrás de los pórticos de las iglesias. Incluso, la jerarquía misma no puede abstraerse siempre de las responsabilidades

cívicas. En todos los tiempos y en el nuestro también, la caridad llevará a los clérigos a ocuparse del derecho, así como conduce a los misioneros a hacerse médicos, arquitectos o maestros de escuela. Pero cuando los misioneros de Africa curan la peste o la fiebre amarilla, no lo hacen con su breviario, y sus años de seminario no los proveen de cierta información médica, en absoluto. Lo mismo ocurre con la "doctrina social" y la economía política: hay que imitar a Santo Tomás, quien, modestamente, ha tratado las cuestiones de su época con los medios de los laicos. Existen grandes diferencias entre la actitud de Santo Tomás y la de nuestros "cristianos sociales".

Esta aclaración no significa que la doctrina de Santo Tomás no sea cristiana. Es precisamente lo contrario. Cristiana, ella lo es de un extremo al otro, constante y profundamente. Y por lo menos, por cuatro argumentos:

1º) Porque Santo Tomás cita sus fuentes; y este procedimiento es honesto; y la moral cristiana no permanece indiferente frente a la honestidad. Y porque sus fuentes son paganas, y Santo Tomás en modo alguno, se avergüenza de ello. En tanto que el objeto de estudio permanece siendo el orden temporal, en la Summa Teológica, un texto de Ulpiano está rodeado del mismo respeto que una Decretal, y Cicerón puede eventualmente ser preferido a Agustín, al menos según una rápida interpretación de San Agustín. Así es como lo ordena la "justicia". Santo Tomás tiene como primer objetivo, dar a cada uno lo que es debido a la fe y a la razón, a las autoridades religiosas y a las autoridades profanas la misma confiada devoción. Dios ha querido, como ya lo escribía Gelasio a fin de que cada uno permanezca en una justa humildad que las autoridades temporales tengan necesidad de los clérigos para la salvación, pero que los clérigos, a su vez, tengan en cuenta las competencias seculares en las cuestiones temporales.

2º) Porque Santo Tomás juega, sin engaños, el juego de la razón. Con confianza en el orden racional de la creación, y la capacidad del hombre, creado a imagen de Dios, de aprehender esta racionalidad, con una devoción por el estudio, que la fe cristiana ha llevado a su paroxismo. Pero también con prudencia, seriedad, "probidad". No se deja agobiar, como aquellos que han tomado partido, apasionadamente, en lo axiomático; sino que, lealmente, confronta toda las opiniones; Santo Tomás escucha al adversario; no desprecia ninguna ocasión para reformar su propia doctrina; no posee la verdad. Después de todo, la moral cristiana indica al sabio, en primer término, en su esfera propia, buscar la verdad, como lo hacen los otros hombres. Y no es en modo alguno un requerimiento facultativo, de segundo orden, sino reforzado según Santo Tomás por la teología cristiana a la cual la fe cristiana no impone ninguna restricción.

3º) Por ende, Santo Tomás no ignora que su doctrina social, siendo obra de la razón humana, es provisoria y "discutible". Cuánto se opone, en este sentido, el texto dialéctico de la Summa, a los pedantes sistemas dogmáticos, que de ella han elaborado algunos discípulos. Nada de deducciones autoritarias a partir de textos

sagrados. No existe pensamiento más abierto; Santo Tomás discute, interroga antes de concluir y, no veo yo que sus conclusiones (en materia social) se pretendan seguras y definitivas. Además, las lecciones aprendidas (sirviendo la fe, sólo como un control) de Aristóteles, de Cicerón y del razonamiento, no podrían decirse infalibles. Cuando trata la prohibición de la usura, está basada en el análisis de la naturaleza del dinero; basta un nuevo análisis y nuevas observaciones acerca del uso de la moneda, para poner aún el tema en tela de juicio. Santo Tomás se conoce susceptible de falibilidad. Gran virtud intelectual, pero, al mismo tiempo virtud cristiana, viva aplicación del dogma del pecado original.

4º) Y para terminar, Santo Tomás sabe mejor que nadie que es vano encerrar el derecho en fórmulas herméticas. Con respecto a la doctrina tomista del derecho natural, corren actualmente monstruosos contrasentidos; a pesar de las frecuentes llamadas de atención por parte de aquellos que lo leen en el texto, la opinión vulgar atribuye, obstinadamente, a Santo Tomás, todo lo contrario de su pensamiento. Pero que Santo Tomás haya adoptado la idea aristotélica del "derecho" natural no significa que haya creído posible edificar un sistema de "reglas inmutables", como lo sería una "doctrina social" pretendidamente "cristiana"; Santo Tomás repite constantemente que el derecho es mutable (No acabaría nunca la tarea de contar las citas de Santo Tomás sobre la movilidad del derecho. Solamente Dios es inmutable; consultemos especialmente en este punto, el tratado de la ley humana (Ia IIae. qu. 95 a 97), recordando que la ley humana es la expresión del derecho natural—e incluso los tratados de la ley y del derecho natural. Ia. IIae. qu. 7 art. 1, IIa. IIae. qu. 57 art. 2, Ia. IIae. qu. 95 art. 3 ad 3, art. 4 qu. 100 art 8, I qu. 104 art. 3 ad 1 y 2, IIa. IIae. qu. 63 art. 2, etc. Asimismo, en la aplicación, se notará la flexibilidad en las soluciones del derecho tomista, incluso en materia de matrimonio. A pesar de que se trate de una cuestión "mixta", donde el Evangelio da una regla fija. Ej. Supl. qu. 66 art. 2 (la poligamia)); y que ninguna regla jurídica es estable ni del todo justa, ni perfectamente adaptada al objeto que pretende regular (Si el Primer principio abstracto de la razón práctica (bonum faciendum malum vitandum est) es universal, desde el momento en que se arriba a las "conclusiones", provistas de un contenido jurídico los preceptos dejan de ser inmutables y universales (Ia. IIae. art. 2, 4 y 5). Porque "la naturaleza humana es mutable", es menester que el derecho también lo sea (IIa. IIae. qu. 57 art. 2 ad 1) puesto que "la medida debe ser homogénea con respecto al objeto medido" (Ia. IIae. qu. 96 art. 2). Ver además los numerosos párrafos sobre la prudencia (IIa. IIae. qu. 47 y ss.), la equidad (IIa. IIae. qu. 120, Ia. IIae. qu. 96 art. 6, etc.), la limosna, la misericordia, etc.).

Otras búsquedas nos conducían recientemente a la siguiente conclusión ("Una definición del derecho", archivos de filosofía del derecho, 1959, p. 47 y ss.), que la clave del derecho natural de Aristóteles y de Santo Tomás, residía en una acepción, hoy ya perdida, de la palabra derecho; y que actualmente, la primera tarea de la filosofía del derecho nos parecía ser la de combatir la reducción positivista del derecho a fórmulas fijas, la peligrosa asimilación del derecho a "reglas", la falsa creencia kelseniana que el derecho "existe"; el derecho (lo justo) es una búsqueda,

el derecho es siempre un problema que se presenta de manera nueva, en ocasión de cada sentencia, o en cada promulgación de ley. Porque el derecho es obra “humana”, profana, imperfecta, histórica, cerrarse en algún texto.

¿En definitiva, no es esta la gran lección del cristianismo con respecto a la filosofía del derecho? Si la Revelación cristiana no nos suministra ninguna fórmula, ningún principio jurídico, ella nos enseña la insuficiencia de todos los enunciados del derecho, la imperfección de todo sistema de organización temporal, la debilidad, la corrupción de todo lo que es del “mundo”; nos invita a desconfiar de la aplicación estricta de las leyes, a moderarlas en virtud de la gracia, la “caridad”, el perdón, la misericordia; y sin escrúpulo, a “cambiarlas” (Ia IIae qu. 97 De mutatione legum). Todos nuestros edificios jurídicos, incluso aquellos que eventualmente pudieran tener por autores a cristianos sociales, dejan al cristiano insatisfecho.

He aquí lo que, a mi entender, me enseña la Summa: que los partidarios actuales del clericalismo jurídico, estarían equivocados al invocar el patronato de Santo Tomás.

APENDICE II

PRECEDENTES DE LA ANTIGÜEDAD GRIEGA⁹

I.—LOS ORIGENES DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO GRIEGA

La mayor parte de los teólogos del cristianismo no tuvieron ninguna dificultad para inspirarse en las fuentes profanas; por ello es conveniente resumir de entrada

⁹En el curso dictado por el prof. M. Villey hay unas páginas Introductorias en las que se dan ideas generales sobre el sentido de la historia de la filosofía del derecho y planteos preliminares adecuados al sentido general del curso dictado ese año. Como realmente es una introducción sólo válida para quienes fueron sus alumnos en ese curso, me ha parecido innecesario agregarla a esta traducción. (N. del T.)

Extraído de: “La formation de la pensée juridique moderne”, citado.

Traducción: C. R. S.

el legado de la filosofía del derecho antiguo y en especial las obras -que aún son clásicas en este ámbito- de Platón y Aristóteles.

La filosofía del derecho griego es, en efecto, la primera a considerar: ella ha tenido un desarrollo y una profundidad extraordinarios.

Esto puede explicarse, en parte, por las condiciones de la vida política y social ateniense. Atenas es, en los siglos V y IV A.C. (si se exceptúan algunos períodos de regímenes aristocráticos) una democracia directa. Cada ciudadano toma parte, ampliamente, en la vida pública: en el Agora o en el Consejo puede ser designado para las magistraturas. A menudo le llega la ocasión de tomar parte en la vida judicial: el tribunal más importante era el de los Heliastas: 6.000 jurados reclutados cada año por sorteo. Ante este Tribunal se radicaban los procesos de derecho privado, de derecho público y, como diríamos hoy, de derecho constitucional (*graphé para nomon*).

También las discusiones sobre el derecho y la política eran asuntos de todos, es decir del pueblo, guiados por los oradores Demóstenes, Isócrates, Lysias, trataban sobre toda clase de procesos, sin demasiados tecnicismos a fin de hacerlos accesibles a un auditorio popular; de cualquier manera daban la tónica al debate y por ello hay esparcida en su obra una filosofía del derecho.

Del mismo modo, el tema es tratado en los grandes trágicos: Esquilo, Sófocles, Eurípides. También en los historiadores: Tucídides o Jenofonte.

En cuanto a los filósofos, ellos se han mezclado estrechamente con esta vida cívica: los más antiguos filósofos griegos no son sabios retirados a la vida privada. Pitágoras, Protágoras, Platón han hecho obra de legisladores. La filosofía griega del derecho es de una riqueza prodigiosa; en el clima de libertad que ofrece la vida pública ateniense, las tendencias más diversas podían florecer: se encuentran entre los filósofos griegos partidarios y enemigos de la democracia, nacionalistas atenienses y partidarios de la unión de Grecia e incluso del cosmopolitismo.

Es en Grecia donde encontramos los gérmenes de la teoría del derecho natural; pero también encontramos de no menor manera, los gérmenes del positivismo jurídico, del relativismo e incluso del sociologismo.

A decir verdad, es por sacrificar ante las modas de hoy que ensayamos explicar esta magnífica eclosión del pensamiento griego, recurriendo a las condiciones de la vida social; sería más justo explicar la democracia ateniense por el nivel del pensamiento. La eclosión de la filosofía griega es, como se ha dicho, un milagro. Los cristianos no han dudado en ver (opinión frecuente entre los padres y en la Edad Media) un fenómeno providencial.

Durante el siglo IV A.C. una rama de la filosofía comienza a desinteresarse de la vida cívica. Las nuevas condiciones de ésta, luego, de las conquistas de Alejandro, no son demasiado favorables para las libres discusiones sobre la política.

Epicureos, cínicos y estoicos se ocuparon sobre todo de la moral individual y accesoriamente de la lógica y de la física. Si Zenón escribió una obra titulada Política es porque era un título tradicional; el contenido parece haber sido cosmopolítico y moral. La política estoica parecería haber revestido sólo una importancia secundaria y un valor filosófico menor. Es cierto que toda concepción general del mundo implica una concepción el derecho, pero ella es más o menos impropia según que sea más o menos fundada sobre la observación directa del derecho y de la vida política.

Las dos grandes obras, las más ricas en experiencia de la vida social, las más clásicas y que han ejercido de hecho la influencia más directa sobre el mundo del derecho (y principalmente entre los teólogos cristianos) son las de Platón y Aristóteles. Pero es necesario ante todo reubicarlos en su medio cultural.

Sumariamente se puede dividir la historia de la filosofía del derecho en Grecia hasta Platón, en tres períodos: los orígenes, la crisis escéptica del siglo V, la reacción de Sócrates (Bibliografía sobre la historia de la filosofía del derecho griego. Verdross-Drossberg: Grundlinien der antiken Rechts und Staatsphilosophie, 1948; E. Wolf: Griechsche Rechtsdenken, 1950 y sig.; Villey: Lecons, pág. 24).

1º) Período arcaico

De Francisci (en sus Arcana Romani Imperii) ha propuesto caracterizar la política griega mediante la palabra nomocracia.

Es menester destacar en el pueblo griego, el culto del nomos, desde una época muy antigua. Nomos: esta palabra más que como ley escrita debe traducirse por costumbre propia de una ciudad, orden social, derecho. Sobre todo, el griego se opone a los barbaros por su culto consciente del nomos y de la justicia (así Ulises en la Odisea).

El sentido de la justicia se expresa ante todo, bajo una forma teológica, mitológica. Así en Hesíodo—Historias de Themis, de Dike, Eunomía, Irene—Némesis y las Erinias. (cf. Hyrzel: Themis, Dike Und Verwandte, 1907).

(Platón todavía mantendrá en parte este lenguaje mítico, adecuado para expresar el carácter trascendente del derecho.).

Los filósofos físicos de la Grecia antigua laicizaron la noción de justicia elaborando la noción de orden natural: este es el mismo tipo de orden objetivo que

su filosofía descubre en el mundo de los astrónomos, en el cuerpo estudiado por los médicos y en el grupo social de la ciudad (en el lenguaje de Augusto Comte se podría hablar de la teoría metafísica de la justicia). Es hasta esta antigua filosofía griega que debemos volver para buscar los gérmenes de la idea de derecho natural (cf. Jaeger: *Elogio de la ley* en *Lettres D'Humanité*, VIII, 1949).

2º) Crisis del siglo V

Atenas sufre, a partir del siglo VI A.C., grandes modificaciones sociales económicas y políticas. Nuevas clases comerciales llegan al poder. Las leyes cambian, las reformas constitucionales serán propuestas por Solón y Clístenes. A la Constitución de Atenas se opondrán las constituciones de los imperios y ciudades vecinas. Estado de crisis, propicio para el auge de la filosofía del derecho.

A la costumbre tradicional—el nomos de Atenas a su derecho—ahora debido a la crisis, se opone la justicia (dike) o bien la naturaleza y su orden (fisis).

DOS EJEMPLOS DE ESTAS DISOCIACIONES:

a) El texto de Antígona de Sófocles (Ed. Budé, pág. 19).

Este texto es tradicionalmente citado como uno de los primeros testimonios en favor del derecho natural. En verdad, el famoso discurso de Antígona no concierne precisamente al derecho, sino al rito religioso funerario. Por otra parte, Antígona no apela, contra el decreto de Creonte, al orden natural (fisis) sino expresamente a Dike y a Zeus, a las leyes religiosas, que son aquí unas leyes no escritas (agrafoi nomoi) que cada uno lleva en su conciencia.

Pese a que la interpretación común es errada y que existe ya, en este sentido, una doctrina tradicional de la ley natural, parece impropio hablar aquí de derecho natural.

b) Diversos sofistas, según Platón.

Más interesante para nosotros es la reacción de ciertos sofistas que parecen haber recurrido, según los diálogos de Platón, contra la ley de la ciudad, a la ley de la naturaleza (fisis).

Ya el sofista Protágoras, apóstol de la justicia (mito de Epimeteo) tiene de ella una concepción totalmente subjetiva; la justicia es—según este mito famoso—un sentimiento inscripto en el corazón de cada uno; y Protágoras se encargará de extraer de allí una serie de consecuencias democráticas.

En el *Georgias*, Platón hace intervenir numerosos sofistas o políticos corrompidos por la sofística (Polus Callides) que denuncian el carácter convencional de la justicia y le oponen la ley de la naturaleza que señala el triunfo del más fuerte, de los audaces que no se ven enervados de ningún modo para modificar las tablas de la moral tradicional. (Ed. Charpentier, págs. 227 a 230.).

En la *República*, tesis análogas son sostenidas por el sofista Trasímaco; los dos amigos de Platón, Glaucon y Adimanto, representan aquí a una juventud apasionada, bien intencionada, pero tocada por el nihilismo de los círculos intelectuales de Atenas. En el discurso de Trasímaco (338c y sigs. Ed. Budé, pág. 17) se leerá una buena descripción de la tendencia más positivista de lo que fue luego llamado las “fuerzas creativas derecho” y en las palabras de Glaucon (358 e y sigs., pág. 43) sobre el origen convencional de las ideas dominantes sobre el derecho. Aquí pueden encontrarse gérmenes de las tesis del contrato social.

I.a misma posición negativa del orden social tradicional, con una apelación a la naturaleza, se extrae de diversos textos de la misma época: en Tucídides, en el famoso discurso a los Melenses (*Historia del Peloponeso* V. 85) donde los atenienses justificaban una agresión contraria al derecho invocando la ley natural.

De este modo, la reflexión crítica ha conducido a los círculos intelectuales, desde el siglo V, a perder su fe en e nomos, el derecho de Atenas.

3º) La reacción de Sócrates

Se conoce la enseñanza de Sócrates a través de los escritos de Platón y de Jenofonte; su misma vida es un testimonio.

Sócrates disiente, como los sofistas, y aún más que los sofistas; su doctrina es profundamente razonada; la obediencia religiosa por la costumbre ancestral va a ser sustituida, luego de la crisis sofística, por una filosofía del derecho.

En los *Memorables* (IV, 4 y sigs.) Jenofonte hace defender la justicia y las leyes por medio de Sócrates contra los sofistas; Sócrates tiende a referirse aquí más que a las leyes positivas escritas, a las leyes “no escritas que por ejemplo prohíben el incesto.

En el *Gorgias* y en la *República*, Sócrates rebate las ideas destructoras de sus adversarios sofistas sobre el carácter arbitrario y convencional de las creencias sobre la justicia.

Sobre todo, la misma vida de Sócrates, tal como Platón nos la relata y que en otros autores se ve confirmada en sus grandes líneas y acontecimientos, es un testimonio de su reacción. Sócrates es un buen ciudadano, aunque discutidor, respetuoso del orden público, buen soldado y juez íntegro. En la Apología se gloria de haber sido el ciudadano más útil al bien público, merecedor de ser nutrido en el Pritaneo por los dineros del Estado. Pero Sócrates se ve acusado y condenado a beber la cicuta (verificándose así la profecía de Glaucon en la República. "El justo será crucificado"; "empalado", según otras versiones).

En el Critón, Sócrates rehúsa evadirse de su prisión, poniendo en práctica su doctrina de respeto a las instituciones (Critón 11, 12 y sigs. Leer la Prosopopeya de las leyes).

Pero Sócrates, dialéctico fundamentalmente, no ha dejado un cuerpo de doctrina su enseñanza es, de algún modo, ambigua. Algunos e sus discípulos (Alcibiádes) parecen seguir las lecciones de Calicles, más que la lección del Critón.

De entre las sectas filosóficas surgidas de la escuela socrática, muchas se dirigieron, de hecho, hacia un apolitismo, puede ser que disgustados por el fracaso temporal del maestro. Ellas se volcaron hacia la moral puramente privada (Aristipo, Antístenes) o al escepticismo (megáricos) donde se podía cultivar también el gnothi seauton.

Sócrates, por lo tanto, parece haber protagonizado una reacción en favor del derecho y por primera vez ha intentado fundar racionalmente (en respuesta a la crisis escéptica de la sofística) la autoridad de las normas de derecho: es decir en favor de las leyes del estado o de una justicia superior si bien todavía se distingue demasiado mal. Sin duda que los dos términos se confunden en esta visión profunda de las cosas. Aunque extremadamente elogiada por el pensamiento contemporáneo, esta doctrina está solo esbozada; las relaciones de lo justo y la ley no son claramente dilucidadas.

No tenemos una doctrina completa sobre la naturaleza, las fuentes, y el contenido verdadero del derecho, sino en la obra de Platón y en Aristóteles, que sin duda fueron los más fieles continuadores de Sócrates.

FILOSOFIA DEL DERECHO DE PLATON

A- Preliminares.

a) EL HOMBRE

No vamos a repetir los principales acontecimientos de la vida de Platón (427-347 a.C.), ni que fue discípulo de Sócrates y fundador de la Academia, ni hablaremos de sus viajes a Sicilia. El fue el filósofo de las ideas.

Queremos solamente insistir (porque la palabra filósofo evoca en nuestros días una actitud bien diferente) el predominio que tuvieron en Platón las preocupaciones políticas: "Platón ha llegado efectivamente a la filosofía por la política y para la política" (Diés).

En su famosa carta VII, hoy tenida por auténtica, Platón cuenta cómo, llamado a colaborar con el gobierno de los 30 tiranos, dado que pertenecía a una familia influyente se vio desilusionado por aquéllos y por los abusos de la oligarquía. Narra también la desilusión sufrida con el régimen democrático que condenó a muerte a Sócrates.

Se apercibe, entonces, que una acción política directa es honestamente imposible en la misma ciudad de Atenas (cf.: Rep. 1. IX, 592 a y b). Se debe pasar, a su juicio, por la intermediación de la educación de los futuros ciudadanos de élite. Ese es el propósito que tiene en mira al fundar la Academia.

No obstante, no abandona la posibilidad de jugar un papel político en una colonia más abierta a una sana reforma; de allí sus viajes a Siracusa—que deberán todavía decepcionarlo—y su amistad con Dión de Siracusa.

Su actividad literaria y filosófica queda dirigida hacia la política y el esplendor de esta preocupación está contenido, sin duda, por los diálogos de la República, obra de la madurez, y Las Leyes, la última obra de Platón, el legado último de su pensamiento. Platón llegado a la filosofía para y por la política. (Bibliografía: Dies: Prefacio a la República de Platón (ed. Budé). Jaeger: Paideia, t. II).

b) LA OBRA

La doctrina de Platón forma un todo.

No vamos a examinar aquí especialmente la formación de su teoría de las ideas, ni del amor (banquete) o de la inmortalidad del alma (Fedón) o el origen del mundo (Timeo) aunque todo ello tenga relación con lo político.

Nos interesa más directamente el Protágoras, el Gorgias (del cual hemos dicho algunas palabras a propósito de la teoría del derecho de los sofistas) y sobre todo estas tres obras principales: la *República*, el *Político* y *Las Leyes*.

1º) *La República*

La lectura de esta maravillosa obra se impone a todo estudiante, antes que cualquier otra obra sobre Platón.

En el diálogo, se hace una conversación sobre la Justicia y sobre el derecho (las dos nociones como veremos son inseparables). De la justicia en el individuo (este es el punto de partida del diálogo) y enseguida, leído en 'letras mayúsculas', en el Estado.

Platón describe allí la idea de la ciudad modelo; habla de sus principios constitucionales (el filósofo-rey) de la organización de las clases, especialmente de aquella de los guardianes (la que pone en comunidad los bienes, las mujeres y los niños) y sobre todo respecto del sistema de educación y del tipo de hombre correspondiente a este régimen ideal.

Pero Platón, además de imaginar lo ideal, es capaz de observar bien la realidad. A continuación de esta descripción del Estado perfecto que no existe realmente, viene la descripción de los regímenes imperfectos y degradados (timocracia - oligarquía - democracia - tiranía), de las revoluciones que conducen fatalmente de uno de estos regímenes a otro y los tipos de hombres que le corresponden.

El diálogo se cierra con el mito de Er el panfilio, es decir sobre la evocación de la idea de inmortalidad del alma, premio supremo de la justicia.

2º) Tenemos menos elementos para señalar en *el Político*, obra que se considera hoy como una de las últimas que escribió Platón.

Es una conversación supuesta entre el "extranjero" y "Sócrates el joven", relativa a la esencia de la ciencia política. Allí vemos analizadas, la función real, la justicia y el papel de las leyes.

3º) *Las leyes.*

Es el testamento de Platón, su última obra, inacabada.

Sobre una ruta de Creta, en camino hacia un santuario religioso, marchan y conversan tres viajeros: un ateniense, filósofo, que cumple el papel de maestro; un espartano y un cretense. Este último, precisamente, ha sido encargado de participar en la fundación de una colonia, a la cual dará sus leyes.

La discusión comienza con una disputa o diálogo sobre el sentido y los fundamentos de la autoridad y los medios de descubrimiento de buenas leyes. Una legislación completa, queda imaginada a lo largo del camino.

Allí se detecta una serie de diferencias respecto al cuadro de la ciudad ideal mostrado en la República; el comunismo aparece abandonado, como así también la utópica quimera de confiar el gobierno a los filósofos, exclusivamente.

Esta obra de madurez, posee una tónica más realista.

Los historiadores del derecho antiguo encuentran allí un cúmulo de información precioso, para el conocimiento de las instituciones de la época.

No obstante, nosotros no debemos retener de todos estos diálogos, más que aquello que hace a los principios. ¿Qué es para Platón la esencia del derecho? ¿Cuáles son sus fuentes de descubrimiento? ¿Qué principios generales determinan su contenido?

B- La definición del derecho

Se trata aquí del problema más abstracto y más difícil de conceptualizar dentro de la filosofía del derecho. Es difícil comprender que existan concepciones extremadamente diversas del derecho y que las divergencias relativas a la definición del derecho no lleguen a tener interés práctico alguno.

No presumimos la existencia de una esencia del derecho, que la “ontología jurídica” se esforzará en reconocer. Si, nos ocupamos por obtener una definición real de lo que sea el derecho, la empresa no resulta absurda como muchos piensan hoy.

En todo caso, existen diferentes maneras de recortar las fronteras del arte jurídico en relación a las otras artes o a las otras ciencias (por ejemplo: a la moral, a la religión, a la economía política, a las ciencias de las costumbres). De ese recorte

inicial de la actividad jurídica dependen el contenido de la legislación, el modo cómo se entiende la misión del juez, los programas de enseñanza del derecho.

El hecho es que esta delimitación de las fronteras del derecho ha variado enormemente en el curso de la historia y no ha dejado de ser móvil.

¿Platón ha tratado precisamente este problema? ¿Busca definir el derecho?

En un pasaje del Político (75) que comentaremos más tarde, nos habla del arte de los jueces que se ejercita en las ciudades imperfectas donde vivimos (dikastiké) dando una descripción sumaria. Pero más ordinariamente trata de la política; el tratado que lleva este nombre (politicos) está consagrado a definir la ciencia política.

Allí leemos que la misión del hombre político es el descubrimiento de lo justo, accesoriamente también de las leyes: *dikaion, nomoi*.

El estudio de estas dos nociones es el objeto de los dos grandes tratados: la República (politeia) y Las Leyes Nosotros no sabríamos traducir esos dos términos al francés más que con la palabra “droit” (derecho)*.

Platón trata del orden jurídico, que según él debe retener toda la atención del hombre político; busca definir su esencia y sus fronteras propias.

Todavía este concepto de Platón resulta bastante extraño a nuestro pensamiento contemporáneo. Si Platón trata bien el tema jurídico, nos lo presenta como una noción para nosotros sorprendente.

1º-- Es evidente ante todo, que para Platón el papel del jurista no es solamente aplicar o estudiar las leyes existentes, las leyes escritas del Estado. Si el pasaje citado más arriba del Político (75) relativo a la Dikastiké de los regímenes degenerados, podría permitir dudas a ese respecto, el conjunto de su obra conspira en contra de tal concepción. En el mismo tratado del Político (298-299), Platón compara los derechos injustos de la Asamblea del Pueblo, como también los de los tiranos, a las prescripciones médicas provenientes de una asamblea de ignorantes; no serían éstas, de modo alguno prescripciones médicas.

Por ello dirá ,en el tratado de Las Leyes, en una fórmula que será permanentemente repetida, que una ley injusta, una mala ley, no es una ley no es derecho (Leyes IV, 715v).

* N. de T.: en español sucede lo mismo.

Platón rebate asimismo con todo vigor la concepción del positivismo jurídico que define el derecho como el conjunto de normas positivas dadas por el Estado que era tarea del jurista conocer (como sucedía en las facultades de derecho francesas al comienzo del siglo XIX) y aplicar.

Su programa de estudios es más vasto; como el médico busca el remedio más útil, también el jurista se encuentra convocado a buscar la mejor solución.

Estas ideas de Platón no serían de manera alguna compatibles tampoco con las definiciones del moderno utilitarismo, por las cuales el jurista sería una suerte de “ingeniero social” (social engineering Pound) aplicado a proponer leyes; las más convenientes a los deseos de su clientela; leyes adecuadas para proponer como máximas, los placeres de los individuos (Bentham), el poder o el éxito del grupo.

Recordemos aquí el texto del Gorgias. A las artes malsanas, tal como la cocina, la cosmética o la retórica, que sólo proponen satisfacer los placeres del pueblo Platón opone las artes auténticas, como la política, que persiguen el bien de los hombres y de la ciudad.

El fin del derecho no es, en esta perspectiva, el satisfacer necesidades; ni el enriquecimiento general o individual; ni el orden y la seguridad (solución a la que nos ha llevado el positivismo jurídico).

La tarea del jurista es perseguir el bien, que es aquí la justicia, lo cual implica un programa de estudios más amplio y difícil que el que hoy nos proponen las opiniones corrientes.

La lengua griega, que no tiene más que una sola palabra (dikaion) para significar el derecho y lo justo, imponía esta conclusión. Pero todavía es necesario precisar eso que Platón entendía por la palabra justicia.

2-- Cuando estudiemos el célebre análisis que Aristóteles nos ha legado sobre la justicia, veremos que para él, la justicia en el sentido más estricto de la palabra concierne únicamente a las relaciones sociales. La justicia da o distribuye “a cada uno aquello que le debe devolver”, pero en el interior de un grupo social: la ciudad.

Platón consagra todo el tratado de la República al estudio de la justicia; para él también, como lo ha dicho en las primeras páginas de la obra, la justicia es esta virtud que atribuye a cada uno una parte: suum cuique tribuere. Pero la justicia, según él, se ejerce tanto en el interior del hombre, de un individuo (donde nosotros vamos a leerla en “letras minúsculas”) como de una ciudad (“en letras mayúsculas”).

El diálogo de la República presenta este aspecto desconcertante para los intérpretes modernos, es decir no sólo se ocupa de lo político, sino que trata también sobre la moral individual.

Se abre el diálogo con una discusión sobre que es el individuo justo; nos lleva enseguida y paralelamente a la pintura de la ciudad justa, y dedica libros enteros al tratamiento del tema educativo para realizar en seguida el paralelo entre las ciudades degeneradas y los hombres degradados que le corresponden.

Termina con el tratamiento del tema sobre la inmortalidad del alma.

Se mutila el pensamiento de Platón si como lo han hecho muchos intérpretes contemporáneos, no se retiene de la obra más que sus elementos políticos y Jurídicos en sentido moderno. El mismo equilibrio interior que constituye la justicia en el individuo (sumisión o subordinación de los instintos sensibles al corazón y de éste a la razón) genera la justicia en la ciudad (subordinación jerárquica de las clases laboriosas a los guerreros y de estos últimos a los filósofos). Las dos cosas son indisociables. Porque la ciudad, dice Platón, está hecha de materia humana y no de piedras y de metal.

El régimen constitucional justo es aquel donde los hombres aceptan la subordinación de los sentidos al coraje y a la razón. La oligarquía plutocrática es consecuencia del predominio en el hombre del apetito sensible.

De allí, el contenido y extensión desconcertante de los programas de legislación contenidos a la vez en la República y en el tratado de Las Leyes. El fin de las leyes es la virtud, dice en este último diálogo (y no sólo la guerra o el poder militar y mucho menos la prosperidad). La legislación tratará, al mismo tiempo que sobre las sucesiones, propiedad y contratos, sobre la piedad, las buenas costumbres y la educación: gimnasia, música, geometría, dialéctica y espectáculos.

El primer deber del derecho es la educación.

Las fronteras del derecho (*dikaion*) son de esta manera trazadas. La obligación del jurista apunta a esta ambiciosa misión. Nosotros no estamos autorizados—por ello—para tratar con exclusividad, como constituyendo un sector especial, aquello que concierne solamente a las relaciones sociales.

De allí que la definición del derecho no sea arbitraria. Hay para Platón una esencia del arte político y del derecho, como la hay del arte del arquitecto o del zapatero.

Es muy difícil para nosotros comprender una concepción tan extraña a nuestro uso actual. Necesita, por lo tanto, ser considerada; de allí puede que saquemos excelentes razones para repudiar el totalitarismo resultante de esa confusión de derecho y moral. Pero puede ser, también, que nuestra concepción más estrecha del

derecho como cosa concerniente únicamente a las relaciones sociales (lo cual implica para los juristas un programa de estudios mucho más restringido) resulte una mala abstracción y, a largo plazo, ruinosa. Puede ser que no cumpla acabadamente su fin si el derecho regla las relaciones sociales haciendo abstracción de los seres que componen la sociedad y aislandose de las costumbres y de la educación.

Montesquieu, Rousseau, Augusto Comte... alguna vez lo han pensado.

En todo caso la noción más amplia y más ambiciosa que Platón desarrolla del derecho, me parece que es de una importancia inmensa para el historiador. La reencontraremos por ejemplo en San Agustín y en el derecho de la Alta Edad Media. Así se vincula indistintamente el derecho a la vida moral privada, a la piedad, a la virtud, a las intenciones interiores.

Sin duda nos ayudará también esta concepción en el derecho comparado, a comprender las instituciones de ciertos pueblos contemporáneos.

C- Las fuentes del derecho

No menos desconcertantes serán para nosotros las tesis de Platón relativas al método y a las fuentes de conocimiento del derecho. Es cierto que sobre lo que principalmente trata Platón es del conocimiento de lo justo, sinónimo de derecho, tema sobre el cual los juristas de hoy poseen propósitos menos ambiciosos. Pero Platón no se imita a procurar una amplia doctrina sobre las fuentes del DIKAION; capaz también de ser realista, ofrece una sabia doctrina sobre las leyes positivas.

1. FUENTES DEL CONOCIMIENTO DE LO JUSTO

Este es uno de los principales objetos de la República; y más que los resultados de la investigación de Platón (proyecto de constitución modelo) nos interesan los procedimientos de esta búsqueda.

Es bien cierto, porque el trabajo del jurista tiene por fin el descubrimiento de lo justo, que la posición de Platón está alejada del positivismo jurídico al cual nosotros estamos habituados. Platón—lo hemos visto—se burla de los decretos de la asamblea del pueblo (Pol. 298 b a 299 c) porque es totalmente extraño a las doctrinas del contrato social, del voluntarismo, del democratismo moderno.

Sólo es derecho, sólo merece igualmente el nombre de ley, lo que ha descubierto el hombre por arte; no por tanteos experimentales, sino como ha dicho al comienzo del Político, por una ciencia especulativa, que es la ciencia del Dikaion.

¿Pero mediante qué método? Se tiene la costumbre de ubicar a Platón entre los partidarios del derecho natural; término equívoco que en el espíritu de la mayor parte de los lectores no evoca un método preciso.

Ello parece convenir al método, descripto y recomendado por Platón sólo hasta cierto punto, no en el sentido más estricto del término.

1º--Es cierto que Platón nos invita a buscar lo justo por la observación del mundo, la observación objetiva. Su método de investigación es cósmico (según la expresión de J. Maritain en "La philosophie morale"), es decir que se alimenta de la visión del cosmos, del universo exterior a nosotros.

Platón no procede al modo de Kant, que pretende sacar de él mismo, de su propia razón subjetiva, los principios de la justicia (y de este modo termina en un *vernunftsrecht* y no en un *naturrecht*).

Desde este punto de vista, parece fundado hablar a propósito de Platón, de un derecho natural. El mismo Platón no usa demasiado para calificar su propia doctrina esta expresión (*nomos kata phisin-dikaion phisikon*) que sin duda le evocaba las tesis de los sofistas, de Calicles o de Gorgias, que él repudiaba resueltamente.

No obstante, existe un pasaje en el diálogo de "Las Leyes" (X, 889 y sigs.) donde, proponiendo reformar contra el materialismo de los sofistas el sentido dado a la palabra naturaleza, Platón esboza una teoría del derecho extraída de la naturaleza (*phiskon*). Hay también diversos ejemplos donde Platón pretende sacar el derecho de la naturaleza de las cosas. En la Rep. V, 453 y sigs. y Las Leyes L. VII, Platón defiende su programa de legislación audazmente feminista afirmando que en lo esencial (razón, corazón, estructura del alma) hombres y mujeres tienen la misma naturaleza (*phisis*) como los calvos y los melenudos (Rep. 454).

En el libro VIII de Las Leyes (par. 836 y sigs.) Platón propone condonar la pederastía como cosa "contranatura" invocando aquí el ejemplo de las costumbres sexuales de los animales. El método de Platón parece partir de la naturaleza, o al menos de la observación objetiva de los seres, del mundo exterior.

2º-- El tipo de observación del mundo recomendado y practicado por Sócrates en la República es totalmente diferente al que practican los sabios modernos; no es para todo "sabio" (en el sentido moderno de la palabra, por ejemplo, el sociólogo) buscar el descubrimiento de lo Justo. Sólo tiene competencia para esta tarea (y ello es uno de los axiomas capitales de la República) el filósofo.

Sócrates, que conduce la discusión en la República, es el filósofo por excelencia. Filósofo será el legislador ideal de la República, como el del diálogo de Las Leyes.

A lo largo de la República aprehendemos cuáles son las cualidades requeridas por el filósofo-legislador; lo que es necesario entender por filósofo.

La obra comporta (libros V, VI y VII) un tratado de educación para los futuros guardianes destinados al reclutamiento de los filósofos; largos estudios de matemáticas, luego de dialéctica donde el alumno se ejercitará en la prescindencia de las formas sensibles y cambiantes a fin de elevarse al ser verdadero, a las formas de las cosas, a las ideas.

Nadie entraba a la escuela de Platón (La Academia) "si no es geómetra" y ello porque sólo por medio de la geometría, el hombre aprende a elevarse más allá de las apariencias, hacia las formas inteligibles.

En el libro VII de la República (514 y sigs.), ordenado al mismo objetivo (la formación de los futuros guardianes de la ciudad) está la famosa alegoría de la caverna. Los prisioneros de la caverna, no ven más que las sombras de las cosas. Pero mediante una dura ascensión por medio de la dialéctica, algunos se evaden de la caverna y logran exitosamente percibir las cosas verdaderas y el sol que las ilumina (el bien, la justicia, Dios) .

Logra de esta manera evadirse del mundo de las apariencias sensibles que percibe el cuerpo, verdadera cadena de la inteligencia (Fedón) para elevarse al mundo de las ideas inteligibles. Este es el método impuesto al hombre político para el descubrimiento de lo justo. '

En Las Leyes, esta doctrina recibe una coloración religiosa. Es al final de un largo ascenso purificativo y bajo la inspiración divina (a la cual la obra hace constantes alusiones) que enamorado del mundo de las ideas el filósofo descubre las leyes.

Lo justo reside en otro mundo, más verdadero que el nuestro, donde puede ser que hayamos vivido una vida anterior y a donde nosotros retornaremos (Fedón).

Esto no es sino la apariencia, lo que nos ofrece a primera vista el espectáculo de la naturaleza de la cual Platón pretende sacar lo justo. Lleva a las ideas a las cuales nos conduce la observación de la naturaleza pero a condición de que ella no sea más que un punto de partida y que por un esfuerzo dialéctico nosotros seamos liberados de ella.

El derecho de Platón es ante todo un derecho ideal que no merece ser calificado como derecho natural.

DOS CONSIDERACIONES PARA TERMINAR:

1º) Un papel creciente le es atribuido a las fuentes religiosas, tema sobre el que han insistido mucho los historiadores actuales de Platón (Schuhl, Festugiere).

Este elemento de la doctrina platónica será recibido y transpuesto por el cristianismo. Por ejemplo la filosofía del derecho de San Agustín deberá mucho a la de Platón (cuyas obras han tenido un papel importante en su conservación); por otra parte el neo-platonismo del Bajo Imperio acentuó el carácter místico de la doctrina de Platón; y sobre todo el rol del éxtasis.

2º-- Con peso también en el ámbito de las fuentes del derecho, bien lejos del mundo tal cual es, era lógico que esta teoría platónica llevara a un tipo de normas de derecho muy exigentes, lejanas a las exigencias reales, a una estructura jurídica fuertemente normativa.

La tesis constitucional del filósofo-gobernante, el comunismo, el feminismo (al igual que la condenación de la pederastia en Grecia) tienen un sabor utópico. Lo mismo pasa con los autores que reciben la influencia platónica, en ciertos aspectos San Agustín; en el siglo XVI Santo Tomás Moro y Campanella serán utopistas.

Pese a algunos reproches que podemos hacer, como juristas, a este tipo de doctrinas sobre las fuentes del derecho, es necesario señalar que las utopías han cumplido con un rol muy importante en la historia.

El genio de Platón no se satisfizo con esta doctrina, ambiciosa, de las fuentes de lo justo; también ha reflexionado sobre el hecho de las leyes positivas.

2. TEORIA DE LAS LEYES POSITIVAS

Cualquiera que fuera su riqueza e importancia histórica, hasta aquí la doctrina de Platón sobre las fuentes del *dikaión* resulta utópica, impracticable.

Ella se funda sobre la hipótesis del filósofo en el poder dotado de un poder absoluto, cosa que no acontece.

Por otra parte, sin acceder a la idea pura de la justicia, los juristas han hecho leyes. ¿Cuál es la enseñanza de Platón relativa a las leyes?

Se enseña ordinariamente que su doctrina ha evolucionado. En el diálogo de la República, Platón aparecería más hostil a la legislación escrita. Por el contrario, en los dos diálogos tardíos, el político y sobre todo Las Leyes, más realista, pues habría reconocido claramente su necesidad. No creemos que exista verdadera contradicción entre las tesis de estas diferentes obras. Lo cierto es que la doctrina presenta dos aspectos, necesariamente subrayados; Platón de entrada insiste sobre la imperfección de las leyes, enseñada sobre su necesidad práctica en nuestro mundo tal como es.

1°--Aspecto critico.

Es sobre todo en la República que Platón mostró los defectos de toda la legislación vigente escrita. Esta critica es el corolario de la tesis del filósofo rey; el filósofo percibe, al termino de una larga ascensión dialéctica, luego de un esfuerzo prolongado de ascesis y de contemplación mística, el eidos, la idea de justicia. Pero el filósofo es incapaz de comunicar al vulgo el fruto de su investigación; de beneficiar con sus luces a los prisioneros de la caverna. Está obligado a recurrir para llegar al nivel del pueblo que—en la hipótesis—le está sometido, a mentiras—así por ejemplo, ficción de la diversidad de origen de las almas (que serían formadas ya de oro, ya de hierro, ya de barro) para hacer aceptar a un pueblo igualitarista la diversidad necesaria de clases sociales—y a ciertas trampas en los tiros de suerte (por ejemplo: en los matrimonios).

La justicia no es, de manera alguna, susceptible de plasmarse en fórmulas escritas, y toda ley escrita se revela injusta al tiempo de aplicarse

Es que el mundo de los hombres, al cual debe aplicarse el derecho, es perpetuamente móvil en tanto que la ley es rígida. Ejemplos: en derecho constitucional sería injusto prever un régimen estable pues depende lo que las circunstancias aconsejen; un régimen monárquico si la ciudad dispone sólo de un verdadero filósofo o un régimen aristocrático si numerosos filósofos existen en un nivel casi igual. En derecho privado, sería injusto prever que el depósito siempre deba ser restituido, pues puede tratarse del depósito de un arma hecho por un loco (Rep. I, 332).

Esta doctrina ya será clásica y esos ejemplos serán retomados por Aristóteles y Santo Tomás. Platón quiere mejor una justicia viva y perfecta del filósofo-rey, dotado de poderes absolutos. Esta es la tesis de la República pero se reencontrará la misma doctrina en el Político (292-293). Platón, incluso va a realizar la apología de la ilegalidad, del golpe de estado contra las leyes, realizado por el dictador (supuesto que sea filósofo); puede que tienda aquí a defender a su amigo Dión que había asesinado al tirano de su ciudad—Siracusa—y obrado contra las leyes de esta polis (Político 295 a 297).

2°--Necesidad práctica de las leyes

En el mismo diálogo del Político, Platón nos ofrece una nueva clasificación de las constituciones, que testimonia una profundización notable de su pensamiento.

A la cabeza queda el tipo de gobierno llamado real, donde el filósofo es rey; es el régimen perfecto pero sus posibilidades de tener existencia histórica son casi nulas. Ello porque el filósofo es una especie poco común; el “natural filosófico” se chocaría en un hombre miembro de una ciudad, ese “natural filosófico” tendría posibilidades de ser ahogado por la mala educación en uso en esa misma ciudad; más aún, sus conciudadanos rechazarían probablemente sus servicios.

El mismo Platón no ha creído posible constituir un régimen justo más que en la hipótesis, totalmente excepcional, de fundación de una nueva ciudad, donde el tirano consentiría prestar sus poderes a un filósofo. En esta hipótesis igualmente persiste el problema, pues el filósofo no es ni inmortal ni omnipresente; por ende no estará siempre en el poder. Su único medio de acción duradera será hacerse legislador, y de dejar así a la ciudad -de alguna manera- una constitución escrita, del mismo modo que un médico deja al enfermo; luego de la visita, sus prescripciones.

Tres tipos inferiores de gobierno, los únicos históricamente verdaderos, son caracterizados por tres tipos de constituciones: monarquía, aristocracia y democracia. Tres perversiones de esos regímenes son caracterizados por el hecho de que las Leyes constitucionales son violadas por el poder; así surgen la tiranía, la oligarquía y la mala democracia.

También la idea de legalidad conquista un lugar importante en la doctrina política de Platón. Es allí a donde se dirige el esfuerzo para construir una teoría positiva de las leyes escritas.

3º-- Origen de las leyes

Las leyes no han de proceder de la voluntad popular; nada más extraño a Platón que la doctrina del contrato social y el voluntarismo moderno; él tiene por nulos y sin valor los decretos de la Asamblea del Pueblo (Político 298 y 299; Las Leyes 715 b).

Las leyes vienen de lo alto, ellas proceden del filósofo que—imposibilitado de ser rey—se hace legislador y dicta cuando es posible, de una vez por todas, conjuntos completos de leyes, de códigos (Pol. 300c , 301 d).

El las dicta autoritariamente, un poco a la manera de los. oráculos, pues la idea perfecta de lo justo no puede ser comunicada, quod principi placuit, legis habet vigorem.

De esa manera, como el médico de los hombres libres se toma el trabajo de explicarles a éstos un poco el sentido de sus prescripciones (Leyes II, 684 y IV 857) así. también será bueno utilizar la persuasión respecto de la élite, haciendo preceder a las leyes, cuando sea posible, con un preámbulo.

Los ciudadanos menos cultivados obedecerán la ley por coerción o temor a la sanción. De esta manera, el pueblo participará, por intermedio de las leyes, de la justicia del filósofo.

4º - Valor y autoridad de las leyes

También Platón recomienda, en el mundo histórico tal como es, una estricta obediencia a las leyes.

Sin duda que el mismo filósofo no estará obligado a observarlas; las leyes no son más que una mala copia de la justicia perfecta, ellas contradicen en muchos casos la justicia perfecta (Pol. 295-296). Ellas no podrían ligar a su autor: *princeps legibus solutus est*.

Pero el pueblo, que de manera alguna ha practicado la filosofía, que no conoce nada de la justicia si no es por medio de este intermediario que es el filósofo, es tenido bajo una obediencia rigurosa a la ley. Se supone que las leyes son, al menos, copia de lo justo y provienen del filósofo; como se ve, hasta esta doctrina un tanto más realista que las anteriores, guarda un sabor a utopía.

Sin duda que esto no es de manera alguna el régimen perfecto, es el sistema de las constituciones inferiores. Platón, ante ello, se sorprende que las ciudades puedan subsistir, por efecto de alguna causa providencial, reducidas a contentarse con un sustituto tan mediocre de la verdadera justicia (Polit. 301, 302).

Los mismos jueces, tal como nosotros los conocemos, dado que es menester recurrir a sus servicios inferiores, seguirán literalmente el texto de las leyes escritas de la ciudad.

Luego de haber hablado, tan bien del *dikaion*, que es el verdadero derecho, Platón se resiste a tratar la *dikastiké*, el arte judicial tal como funciona en nuestras ciudades corruptas, al menos en algún pasaje del Político (305 b y c; cf. 300 a, b, c).

- Es digno destacar que Platón, que ha partido de tan alto, se queda al fin de cuentas en una especie de positivismo jurídico un tanto grosero.

Tal es, en efecto, el defecto de esta doctrina tan ambiciosa, tan ideal.

Habiendo querido mirar tan alto, ella cae tan bajo.

El derecho emanado del filósofo exclusivamente—como no existen demasiados filósofos o si existen no están en el gobierno—termina librado a la dictadura del principio.

Muchos soberanos absolutos, comenzando por los jefes del Imperio romano, han usurpado, en su provecho, la doctrina platónica.

Podríamos verificar este hecho si examinamos el contenido del derecho ideal de Platón; él se revela muy elevado, exigente e impracticable.

Comunismo perfecto, con el fin de que sea radicalmente extirpada toda raíz de egoísmo. Pero, ¿no es en la práctica la ausencia de una doctrina de la propiedad, la puerta abierta a las violencias del más fuerte?

Supresión de la familia a fin de que ninguno tenga preocupaciones por inquietudes privadas, pero ¿no será éste, en la práctica, un caos sexual?

Primado de los sabios, de la clase dedicada a las tareas especulativas, pero ¿al abrigo de estos bellos principios no se da en la práctica la opresión del pueblo por las clases más afortunadas?

Se puede aún hacer al sistema jurídico platónico el reproche de ser unilateral, de no ver más que un solo lado de las cosas; obnubilado por la idea de la armonía social sacrifica al individuo; por la idea del primado de la especulación, sacrifica a las clases laboriosas.

Puede ser aquí, que nuestra crítica toque las razones del error, es decir la teoría platónica del conocimiento, la filosofía de las ideas generadoras de abstracciones falsas.

La doctrina del derecho de Platón es de una extrema importancia en la historia del derecho; representativa de una tendencia permanente del espíritu humano, ella es la razón y la raíz de muchas doctrinas revolucionarias, utopistas; de todas las doctrinas surgidas de las fuertes exigencias de lo ideal (y especialmente de las doctrinas aristocráticas).

En cuanto a nosotros, preferimos la doctrina de Aristóteles.

APENDICE III

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ROMANO*

Siendo tradicionalmente más juristas que historiadores, los romanistas, por mucho tiempo, han dejado en la oscuridad los principios del derecho romano.

Hasta una época reciente, sólo parecían interesados en las soluciones (por ejemplo aquellas que versaban sobre las obligaciones del vendedor o las condiciones de existencia del furtum, etc.). Ellos no tenían ningún escrúpulo de transponerlas (a estas soluciones), de plasmarlas, en la forma propia del pensamiento contemporáneo; aspecto que no podía realizarse sin violar esas soluciones.

Así nuestros manuales (Monier, págs. 49, 73, etc.) continuamente presentaban a las leyes (*leges*) como la fuente fundamental del derecho romano de la época clásica, exactamente igual a lo que corresponde a nuestra teoría actual de las fuentes del derecho; de manera alguna coincidente con las concepciones de los contemporáneos de Cicerón, de Augusto o de Trajano.

Existe hoy, por ello, gran interés en conocer la filosofía de los juristas romanos, porque sólo ella nos permite rehacer el tenor auténtico de sus soluciones y también conocer las razones profundas de la fortuna del derecho romano en el mundo moderno. (Si el derecho romano nos importa no es para que figure en los "programas" de estudio, sino porque él es el derecho del mundo occidental moderno.)

Sobre esta cuestión os recomiendo especialmente el libro de Schulz (*Prinzipien des romischen Rechts*, 1934, traducido al inglés) y en Francia los trabajos de Senn (*De la justice et du droit*, 1927; *Les origines de la notion de jurisprudence*, 1923-- y

* Extraído de: "La formation de la pensée juridique moderne", citado. Traducción: C. R. S

diversos artículos) que han tenido el mérito de remontarse a las fuentes: la filosofía de los griegos.

La cultura romana del período llamado clásico, es sobre todo la cultura griega, como en nuestros días la cultura de la élite senegalesa es la cultura europea.

Graecia capta ;erum victorem coepit. O por lo menos, la filosofía de los romanos es la de Grecia.

Muchas de las obras griegas han sido traducidas al latín; sobre todo las nociones de uso común cuyas definiciones resultan del esfuerzo filosófico griego (como, por ejemplo: las de derecho natural, equidad, ley en sentido amplio). Todo ello pasará a Roma por el canal de la gramática y de la retórica.

Ciertas influencias de algunas doctrinas filosóficas sobre los juristas, no deben imaginarse a modo de una copia literal; las exigencias de la práctica se oponen a que el jurista se cierre dentro de los cuadros estrictos de un sistema filosófico particular. Los juristas se inspiran libremente en las filosofías, pero no de una manera escolar o realizando de ellas una aplicación consciente.

La ciencia jurídica romana en cuanto a los principios, nos parece ser un producto de la cultura griega.

Pero los romanos han recibido simultáneamente la influencia de diversas escuelas: el estoicismo, en el cual fue instruido Cicerón de manera especial, y al cual adhirieron un buen número de jurisconsultos clásicos, razón por la que ha dejado sobre el derecho romano una huella muy grande; y el platonismo que tampoco fue totalmente ajeno en lo que respecta a la influencia sobre el derecho romano. Pero a nuestro parecer, es la doctrina de Aristóteles la que al comienzo del período clásico dio al derecho sus principios constitutivos y su valor excepcional.

II

a) El estoicismo

La falta de lugar nos impide tratar la filosofía estoica. Se encontrarán las indicaciones y una nota bibliográfica en nuestra obra *Lecons* (1^{ra} edición, pág. 29 y 134 y sigs.; 2^º edición, pág. 26).

El estoicismo es, a decir verdad, una doctrina moral más que política o jurídica. Los fundadores del estoicismo no tenían de manera alguna en vista la división de intereses en una ciudad, aspecto que es el eje del derecho, porque según su manera de ver, el sabio se desinteresa de la ciudad y de sus convenciones.

La ley natural estoica, que es la razón universal que impera sobre el mundo y la historia, o la parte de esa razón que se encuentra diseminada en la conciencia de cada hombre, no tiene otro contenido que moral. Ella es imprecisa; ordena sobre todo una actitud mental de aceptación del destino y no versa sobre actos determinados. Ella es por otra parte, fuertemente exigente, hecha en su origen para el sabio, retirado espiritualmente del mundo y del común de los hombres.

Es cierto que en la época romana, los maestros estoicos de los cuales Cicerón captará la doctrina de su libro "De officiis": han practicado la casuística y dado listas de deberes más concretos y más accesibles: deber de respetar a cada hombre —aun al esclavo—, la razón, la humanidad, la sinceridad, el respeto de la palabra dada, el respeto a los dioses y la piedad en las relaciones familiares. Pero todo esto concierne sobre todo a las disposiciones interiores más que a las actividades externas y ello es todavía demasiado ideal. ..

Esta moral, debía afectar muy fuertemente el contenido del derecho romano en la época clásica: el humanismo estoico, que subraya la dignidad superior de cada ser humano deberá, más tarde, inspirar a los moralistas del cristianismo y sobre todo jugar un gran papel en la filosofía moral y jurídica moderna. Entrañaba la dulcificación de la condición del esclavo y del peregrino. De la misma manera, los progresos del consensualismo (cf. los estudios de Magdelain) en el tiempo de Cicerón están en relación directa con el precepto estoico de la sinceridad, como lo testimonia ampliamente el *De officiis*, etc...

También se produce en Roma una cierta contaminación de la teoría general del derecho y de sus fuentes por la filosofía moral de los estoicos. Es, por ejemplo, en su tratado sobre la República—materia relativa al derecho, en principio—que Cicerón ha ubicado su definición sobre la ley natural y ella es totalmente estoica: "Est quidem vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna; quae vocet ad officium jubendo, vetando a fraude deterreat...". Hay una ley verdadera, que es la razón recta acorde con la naturaleza, repartida en las conciencias de cada ser humano, constante, eterna. Por sus mandatos ella llama a cumplir sus deberes, aleja del mal por su prohibiciones, etc...

Igualmente, ciertas definiciones romanas del derecho natural, que hemos conservado en el Digesto o en las Institutas de Gayo, tienen una raíz estoica y llevarán a reducir la importancia práctica del derecho natural. El estoicismo es respetuoso de la providencia racional que gobierna los cambios de la historia; pero le repugna postular instituciones permanentes.

Es necesario admitir que la mayor parte de las instituciones jurídicas proceden de una fuente histórica (*jus gentium- jus civile*) y no sería, en sentido estricto, derecho natural (D. I, 1, 5).

Del mismo modo, parece que procede de una fuente estoica la definición de Ulpiano (D. I, 1, 3) que por derecho natural entiende las relaciones jurídicas comunes a todos los seres animados (*quod natura omnia animalia docuit*). Pero este derecho no concierne a las relaciones especialmente humanas (cf. sobre estos puntos nuestras *Leçons*, 1º ed., pág. 142 y sigs.).

El estoicismo, sobre todo, había hecho cambiar a los juristas romanos el método del derecho natural. El los invita a hacer mas caso del texto positivo, histórico, al mismo tiempo que a la razón subjetiva del hombre y al razonamiento deductivo.

Esta filosofía dejó ciertamente su sello sobre el método de interpretación lógica de los jurisconsultos, pero de ninguna manera ello significa que fue a partir de allí que fueron puestos los fundamentos de la ciencia jurídica romana.

b) El platonismo

Hay también en el derecho romano, rastros de la influencia de Platón y del platonismo. Cicerón se inspira en la *República* y las *Leyes*.

Sobre todo, a partir del siglo III D.C., la influencia de Platón es superior a la de Aristóteles y a la de los estoicos. Ya hemos señalado dos adagios (*quod principi placuit legis habet vigorem—princeps legibus solutus est*—supra pág. 174) que pueden ser debidos a la fuente platónica.

A fin del siglo III, aparece el neoplatonismo con Plotino, Porfirio, Jamblico, Proclo y sobre todo ciertos padres de la Iglesia cristiana (como San Agustín) que tomaron esta línea filosófica. Ellos plasmaron en los *espíritus*, una visión jerárquica del mundo, que procede totalmente de lo uno por grados descendentes, lo cual da sentido a un derecho autoritario y de matriz legislativa.

Será el tiempo en que las constituciones imperiales sean la única fuente del derecho.

Pero no es en el Bajo Imperio, ni en los siglos II y III D.C. que el derecho romano recibió sus fundamentos. Estas no son sino transformaciones tardías y superficiales de un sistema ya constituido en la forma clásica.

III

Creo que es necesario situar el momento de la invención del derecho romano como sistema científico, alrededor de la época ciceroniana.

En este momento, la influencia de Aristóteles es grande; Polibio ha transmitido las grandes tesis de su Política, Cicerón tradujo los Tópicos dedicados al jurista Trebacio. Las escuelas de retórica retoman nociones aristotélicas, de equidad, de ley, de derecho natural. Igualmente, las sectas estoicas parecen haber vehiculado esta doctrina del derecho.

Pero los intelectuales romanos, estaban llevados hacia el eclecticismo. Ellos se instruían sobre un poco de todo, según las materias.

Sólo Aristóteles, como vimos, había analizado realmente el derecho y sus fuentes.

a) La definición del derecho.

La obra más arriba mencionada de Schulz, reconoce el mérito a los fundadores de la ciencia jurídica romana, de haber colocado aparte el estudio de las relaciones sociales objetivas, dejando, en principio, de lado en su investigación por ejemplo, el valor moral de las intenciones, logrando también separar el derecho privado del derecho público. Isolierung.

Me parece que el derecho romano debe esta cualidad esencial de manera más o menos indirecta a los análisis de Aristóteles.

Los juristas romanos conocían y han puesto de relieve la definición de la justicia y su objeto específico explicitado por Aristóteles: la justicia es esa virtud cuyo objeto propio es atribuir a cada uno la parte que le corresponde: *fus suum cuique trlbuere* (poco importa que la fórmula de Ulpiano—D. I, 1, 1—esté cargada de algunas adiciones estoicas). Ellos han aceptado la doctrina que el derecho deriva de la justicia (D. 1, 1, 1), que la jurisprudencia es la ciencia de lo justo y de lo injusto—*jiusti atque injusti scientia* D 1, 1, 10).—. Ellos ponen seguramente de relieve, como lo hemos dicho (supra pág. 21) la distinción de dos justicias: distributiva y conmutativa.

Parecen estar en plena posesión de una filosofía que distingue lo justo de “lo honesto” (D. 50, 17, 144). Si aceptan hacer un lugar a las nociones morales estoicas de “pietas”, de “bonafides” o de “humanitas” lo es a título subsidiario. Saben mantener, en buena medida, fuera de la ciencia del derecho las relaciones

intrafamiliares, queriendo mantenerse por su parte, en el *dikaion politikon* (supra pág. 23).

Estimo que tocamos aquí uno de los caracteres específicos del derecho romano, una de las principales razones de su fortuna en la historia.

Otras civilizaciones organizan su orden social confundiendo derecho y moral, mezclando en el mismo arte las prescripciones relativas a la religión, a las buenas intenciones morales, a la educación y la estricta definición de las relaciones sociales.

Esta era la tendencia de Platón en la *República*. tal era el caso del derecho judío, tal será el de la sociedad de la Alta Edad Media, inspirada por el agustinismo.

Sólo el derecho romano (que nosotros hemos adoptado) ha sido la excepción, porque los juristas del comienzo de la época clásica, a los cuales remonta la iniciativa de constituirlo como ciencia, han dado a esta ciencia fronteras precisas, discerniendo su autonomía; y ello gracias a Aristóteles.

c) Las fuentes del derecho

La fuente primera del derecho, según las exposiciones que nos ofrecen los autores romanos, de acuerdo a los manuales modernos, no es la ley, sino la naturaleza (Gayo I, l-D. I, 1).

Y el derecho clásico es sobre todo la obra de la doctrina que busca lo justo según la naturaleza. Más precisamente, el resultado del trabajo de los jurisprudentes; esta palabra bien podría ser una traducción de Aristóteles.

En cuanto a los textos legislativos, ley en sentido estricto, edicto del pretor o de otros magistrados, senado consultos—no jerarquizados conforme a la doctrina aristotélica—ellos, por largo tiempo, no han sido provistos de sanciones precisas (determinaciones) en el marco de lo justo natural según la misma filosofía.

El “método de interpretación”—o mejor de elaboración del derecho—de los juristas clásicos, en cuanto a lo esencial, es conforme a la enseñanza de Aristóteles: recurso a los textos emanados sea de la tradición jurisprudencial (*jus civile*), sea del pretor, de los comicios o del Senado. Y también tiene lugar, la corrección del texto en nombre de la equidad. Todo ello es noción aristotélica.

Libre investigación dialéctica, confrontación de las opiniones de los grandes juristas y de las escuelas de jurisprudencia; atención a las circunstancias, uso de la

casuística (quaestiones casus); investigación de las normas que manifiestan la justicia y la coherencia de las soluciones, pero desconfianza respecto de las normas que jamás contienen lo justo y no deben ser tomadas como el derecho.

No creemos poder sacar el derecho de la norma, pero a partir de lo justo que existe (que está en las cosas, derecho natural) ensayamos construir normas: *Ius non a regula sumattur, sed ex jure, quod est, regula fiat* D. 50, 17. 1).

No se trata de que la lógica estoica, más deductivista, no haya contribuido a la formación lógica de los juristas romanos. Pero lo principal viene de la dialéctica de Aristóteles.

En una conferencia pronunciada la semana última en el Instituto de Derecho Romano, el gran romanista Max Kaser denunciaba la imagen trámposa que los modernos—desde el siglo XVII—nos han dado del derecho romano, colocando las soluciones de los jurisconsultos clásicos en la misma forma del derecho moderno, axiomático, deducido de leyes, preocupado sobre todo por la coherencia, por la uniformidad.

Los juristas romanos no se preocupaban por contradecirse, ellos discutían y adaptaban las soluciones a las circunstancias; su arte era búsqueda incesante, tanteo incesante.

En el mismo sentido el romanista italiano R. Orestano ha mostrado que la falsa creencia sobre un derecho romano uniforme (como ha podido ser el derecho francés a partir del Código Civil) se ha fundado en el siglo XIX—“el cofre de las interpolaciones”—(Diritto Romano en Nov. Dig. It., 1960).

Se podrían recordar también las observaciones de Viehweg en *Toptk und jurisprudenz* (1953).

Todo ello no debe sorprender, especialmente a quienes han estudiado la filosofía griega clásica del derecho y de la política, y en la cual los juristas romanos han sido educados. Si se compara en grandes líneas el derecho romano con los otros grandes sistemas jurídicos, aquél parece surgir en la historia como aplicación de la doctrina aristotélica.

Es por ello que la suerte misma del derecho romano está en juego, desde el neoplatonismo o las nuevas visiones del mundo judeo-cristiano a las que adhiere San Agustín, cuando nuevas filosofías han suplantado a la de Aristóteles.

Y el renacimiento del derecho romano en la Europa moderna a partir del siglo XIII estará ligado al renacimiento de Aristóteles.*

* * La falta de lugar nos impide reproducir aquí el estudio de las concepciones judía (en el Deuteronomio, sobre todo) y cristiana del derecho, que han sido expuestas en el curso.

N. del T.: dichas notas, desarrolladas y ordenadas han sido publicadas en el tomo III de esta misma colección).-

N. del T.: dichas notas, desarrolladas y ordenadas han sido publicadas en el tomo III de esta misma colección).-